

DE LA EJECUCION FORZOSA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS A LA EJECUCION FORZOSA DE LAS SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS

(STC 160/1991, de 18 de julio.
Caso: Derribo de los edificios del casco urbano de Riaño)

A la memoria de Antonio Cano Mata, cuya temprana muerte en este verano de 1991 abre a la vertiente entrañable del recuerdo aquellos días del entonces existente Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PRESUPUESTO LÓGICO: LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA NO VIENE CONTRADICHA POR EL HECHO DE QUE LA CONSTITUCIÓN GUARDE SILENCIO ACERCA DE LA MISMA.—III. LOS CONDICIONANTES ELEMENTALES: LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA NO IMPIDE, ANTES AL CONTRARIO, QUE LAS POTESTADES QUE DE ELLA DERIVAN SE EJERZAN CON SUJECCIÓN A DETERMINADAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES.—IV. Y UNA CONSECUENCIA SINGULAR DE LO VISTO HASTA AHORA: AUTOTUTELA EJECUTIVA E INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC ANTERIOR A LA SENTENCIA 160/1991.—V. POR FIN, LA SENTENCIA 160/1991: DE LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS A LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LAS SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS Y OTRAS CUESTIONES DE INTERÉS: 1. *Los hechos de la Sentencia.* 2. *Las alegaciones de las partes en conflicto.* 3. *El Pleno del TC recaba para sí la resolución del recurso de amparo.* 4. *Las respuestas del TC ajenas al tema de la inviolabilidad domiciliaria:* 4.1. *¿Ha habido vulneración del artículo 24 CE?* 4.2. *¿Ha habido vulneración del artículo 19 CE?* 5. *Los argumentos de la STC 160/1991 relativos a la inviolabilidad domiciliaria y a la ejecución forzosa.*—VI. *¿EJECUCIÓN FORZOSA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS O EJECUCIÓN FORZOSA DE LAS SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS?* LA RESPUESTA DEL TC ES DISCUTIBLE, PERO FLEXIBILIZA EL RÉGIMEN ANTERIOR Y SE EXPLICA EN EL ESCOLLO DEL ARTÍCULO 87.2 LOPJ.—VII. *¿ACTUARON CORRECTAMENTE LOS ÓRGANOS DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA AL INADMITIR LOS RECURSOS INTERPUESTOS CONTRA LAS ACTUACIONES MATERIALES DE EJECUCIÓN?* ACTOS TÁCITOS Y VÍAS DE HECHO EN LA STC 160/1991.—VIII. *EPÍLOGO: LA NECESIDAD URGENTE DE REFORMAR EL ACTUAL RÉGIMEN DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL NECESARIA PARA ENTRAR EN UN DOMICILIO CUANDO ELLO ES PRECISO EN LA EJECUCIÓN FORZOSA DE UN ACTO ADMINISTRATIVO. ENSAYO DE UNA PROPUESTA.*—IX. *NOTA BIBLIOGRÁFICA.*

I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este comentario es dar a conocer una interesante Sentencia del TC que, producida en pleno período estival, merece la pena rescatar de las páginas del correspondiente suplemento del «BOE» y mostrar cuanto antes a la luz pública. Su alcance es de magnitud porque rectifica ostensiblemente la que parecía a estas alturas una con-

solidada doctrina constitucional: que en todo caso de ejecución forzosa de un acto administrativo hace falta una resolución judicial expresa si, para llevar a efecto la ejecución, se precisa penetrar en el domicilio de un particular y éste se opone a la entrada. El problema es bien conocido y también lo es el impacto que aquella doctrina constitucional ocasionó entre los especialistas en Derecho administrativo. Y hoy, tal doctrina ha sido rectificada de modo importante dado que, merced a la STC 160/1991, de 18 de julio, la ejecución forzosa administrativa de los actos administrativos pasa a convertirse, en las circunstancias que luego se verán, en ejecución forzosa administrativa de sentencias contencioso-administrativas con llamativas consecuencias en orden a la necesidad de resolución judicial si para ejecutar se requiere entrar en un domicilio.

Para entender en sus justos términos la nueva respuesta que a este aspecto de la autotutela ejecutiva da el TC, es preciso tener muy presente el contexto que rodea a la decisión, concretamente el estado constitucional de la cuestión en torno a la autotutela administrativa entera. Por eso procede exponerlo en sus trazos más gruesos, porque hay que conocer qué es lo que el TC tiene ante los ojos al momento de dictar la Sentencia 160/1991, único modo, además, de apreciar cabalmente el alcance de la influencia que sobre la misma ejerce la situación, derivada de la propia jurisprudencia del Tribunal, en que se encontraba la ejecución forzosa de los actos administrativos singularmente en lo que hace a las relaciones entre autotutela ejecutiva e inviolabilidad domiciliaria.

II. EL PRESUPUESTO LÓGICO: LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA NO VIENE CONTRADICHA POR EL HECHO DE QUE LA CONSTITUCIÓN GUARDE SILENCIO ACERCA DE LA MISMA

El texto constitucional dedica no pocas menciones a la Administración pública —algunas incluso más propias de un manual que de una Constitución, como en su día pusiera de relieve el entonces senador constituyente L. MARTÍN-RETORTILLO— pero a lo largo del mismo no aparece referencia alguna a lo que doctrinalmente se conoce como autotutela administrativa. Como se sabe, este concepto, desarrollado en Italia por BENVENUTI y entre nosotros por GARCÍA DE ENTERRÍA, remite a la posición institucional que la Administración pública ocupa en el interior del ordenamiento del Estado, posición que se caracteriza por comportar una notable desigualdad respecto de la propia de los sujetos de derecho común. Básicamente, tal desigualdad se plasma en que, a diferencia de los privados, la Administración no precisa acudir a un juez para que declare su derecho ni tampoco para lograr la ejecución forzosa de lo declarado en caso de ser necesaria: la Administración determina unilateralmente el estado posesorio y, si es preciso, lo materializa por la fuerza. Ello implica la quiebra de uno de los principios básicos de los ordenamientos modernos; en éstos el valor supremo de la paz jurídica

obsta a que nadie pueda hacerse justicia a sí mismo, implica la erradicación de la posibilidad *di farsi ragione da sé*, según los términos con que la doctrina italiana se refiere comúnmente a la autotutela administrativa. Pero ese principio no sirve para la Administración pública que, todavía hoy, ocupa la antedicha posición institucional, fruto de un dilatado proceso histórico en el que, con toda firmeza, se ha ido asentando la regla de que la Administración escapa a los criterios del derecho común y puede autotutelarse; lo que a salvo de muy concretas excepciones se prohíbe tajantemente a los particulares. El fenómeno hunde sus raíces en el Estado absoluto, pero el advenimiento del constitucional no comportó ruptura alguna en este punto aunque le otorgó una nueva dimensión en virtud del principio de la separación de los poderes; ahora bien, en cada uno de los países de nuestro entorno jurídico las soluciones que se han venido dando al tema de la autotutela administrativa han sido distintas, siendo de reconocer que es en España donde aquéllas han conocido mayores dosis de radicalismo en favor de la Administración y en detrimento de los Tribunales, aunque ello no es debido solamente a las previsiones legislativas, sino también a una jurisprudencia de la que no se puede decir que haya estado siempre atenta a las posibilidades que el sistema le ofrecía. El triste ejemplo de la interpretación de la causa de suspensión del artículo 122 LJ es, al respecto, tan conocido como elocuente.

Expresiva de una posición institucional privilegiada, la autotutela se plasma en potestades en el más genuino sentido que éstas tienen desde la formulación dogmática del concepto por Santi ROMANO allá por los años veinte. Potestades que, dejando al margen las que concretan la llamada por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ autotutela en segunda potencia, son dos: la de decisión ejecutiva y la de ejecución forzosa. En virtud de la primera, la Administración declara el derecho a través de actos ejecutivos cuya eficacia no queda paralizada, como regla general, aunque medie oposición del particular (autotutela declarativa); gracias a la segunda, la Administración puede materializar forzosamente el contenido de sus propios actos en caso de resistencia del obligado y sin precisar de concurso judicial alguno (vertiente ejecutiva de la autotutela) a menos que, según dispone el artículo 102 LPA, se exija por ley la intervención de los Tribunales.

Pues bien, la Constitución guarda un silencio sepulcral sobre todo ello, no dice absolutamente nada sobre el particular; vacío que pone sobre el tapete la medida en que la autotutela administrativa ha quedado afectada por el texto constitucional. No se cuestiona, se verá enseguida, si la autotutela pervive tras la Constitución —lo que sólo tendría sentido si se considerara que implica verdadero ejercicio de potestades jurisdiccionales— sino, supuesto que lo hace, con qué límites, conforme a qué cánones. Porque lo que no admite discusión es que la autotutela constitucional no puede seguir amparando los numerosos abusos que durante tanto tiempo se han cometido al socaire de la posición privilegiada que en nuestro ordenamiento ocupa la Administración.

Es el TC quien ha venido solventando las dudas, quien ha venido diseñando los perfiles constitucionales de la autotutela administrativa. Y lo ha hecho en dos planos diferenciados: en el primero, identificando su anclaje constitucional; en el segundo, estableciendo los límites que la Constitución le impone.

Así, el intérprete supremo de la Constitución ha considerado constitucionalmente admisible que la Administración ostente una posición privilegiada y distinta de la de los sujetos de derecho común en virtud de los fines constitucionales que aquélla tiene encomendados. Ello se ha dicho, por ejemplo, en relación con las reglas exorbitantes en materia de garantía de las obligaciones tributarias (STC 14/1986, de 31 de enero); con el diferente tipo de interés aplicable a las deudas contraídas por los contribuyentes frente a la Administración, incrementado el primero en un 25 por 100 sobre el legal del dinero que es el correspondiente en caso de devolución de ingresos indebidos (STC 76/1990, de 26 de abril); o, en fin, con la reclamación administrativa previa a la vía judicial (SSTC 21/1986, de 14 de febrero, y 60/1989, de 16 de marzo). De todas estas resoluciones se desprende que, para el TC, la Administración ostenta una posición institucional singular y diferenciada de la que es propia de los particulares. De ahí derivan derogaciones del derecho común que implican, en lo que ahora nos interesa, «privilegios en más», según la conocida expresión acuñada por Jean RIVERO; y es claro que de ello se pueden inferir, al menos en abstracto, argumentos favorables a la supervivencia posconstitucional de la autotutela.

Ya más en concreto, la STC 22/1984, de 17 de febrero, sobre la que luego hemos de volver, ha afirmado que la autotutela administrativa puede encontrar anclaje constitucional en el principio de eficacia consagrado en el artículo 103.1 CE. No es que la Constitución la imponga necesariamente sino que el legislador debe ser quien articule, dice el TC, las «normas, medios e instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia. Entre ellas no cabe duda de que se puede encontrar la potestad de autotutela o de autoejecución practicable genéricamente por cualquier Administración pública con arreglo al artículo 103 de la Constitución». Y no se olvide en ningún momento que, como ha desarrollado recientemente PAREJO ALFONSO, el principio constitucional de eficacia tiene un contenido jurídico indudable.

He aquí, pues, cómo el TC ha zanjado las dudas que podía suscitar la constitucionalidad de la autotutela administrativa entera. Esta sigue existiendo tras la promulgación del texto constitucional. Ahora bien, como se ha indicado ya, de ahí no puede extraerse que la Constitución haya dejado indemnes a las potestades de decisión ejecutiva y de ejecución forzosa: las aplicaciones de la autotutela están sometidas hoy a nuevas claves, básicamente a las que derivan de los derechos fundamentales, que han introducido importantes modulaciones en los parámetros tradicionales a que venía respondiendo hasta ahora el ejercicio de las potestades emanadas de aquélla.

III. LOS CONDICIONANTES ELEMENTALES: LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA NO IMPIDE, ANTES AL CONTRARIO, QUE LAS POTESTADES QUE DE ELLA DERIVAN SE EJERZAN CON SUJECCIÓN A DETERMINADAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES

Por lo que hace a la autotutela declarativa, y corrigiendo los, por otra parte comprensibles, excesos de la importante STS de 17 de julio de 1982 —elogiosamente comentada, entre otros, por SÁNCHEZ MORÓN y SANTAMARÍA PASTOR— la STC 66/1984, de 22 de junio, acertó en la resolución del dilema al disociar ejecutividad de firmeza —nociones que dicha STS había vinculado al menos en relación con las sanciones impuestas en el seno de una relación de sujeción especial— y precisar que la efectividad del derecho a la tutela judicial comporta la exigencia de que un juez se pueda pronunciar sobre la ejecutividad del acto antes de que el mismo pueda ser ejecutado por la Administración. Es decir, se cohonestan autotutela declarativa y efectividad del derecho a la tutela judicial en su vertiente cautelar, afirmándose además que los jueces deben reinterpretar constitucionalmente el artículo 122.2 LJCA y superar las tradicionales lecturas del mismo que rechazaban el otorgamiento de la suspensión cuando pudieran indemnizarse los daños ocasionados por la ejecución del acto impugnado.

La STC 66/1984 ha dado lugar a juicios doctrinales críticos por comparación con la del TS de 17 de julio de 1982 (RUBIO DE CASAS) y a interpretaciones divergentes (LÓPEZ RAMÓN, BALBÍN, FUERTES SUÁREZ). Limitada también a la ejecutividad de las sanciones administrativas impuestas en el seno de una relación de sujeción especial, lo que se desprende de la Sentencia es la indudable necesidad de un pronunciamiento judicial cautelar sobre la ejecutividad, de donde hay que convenir con LÓPEZ RAMÓN en que mientras tal pronunciamiento no se produzca el acto sancionador no despliega efecto alguno, por lo que en caso de existir recurso administrativo, la ejecutividad no es tal hasta el transcurso del plazo para interponerlo; y, una vez interpuesto éste, hasta el momento en que concluya el plazo para acudir al contencioso; y, en caso de residenciar el asunto ante la jurisdicción, hasta que el tribunal se pronuncie cautelarmente sobre la ejecutividad. De este modo, en mi opinión, el TC introdujo una suerte de suspensión *de facto*, no prevista en la legislación, que afecta profundamente al régimen legal de la ejecutividad del acto (art. 45 LPA) en la medida en que el sancionador que recae en el seno de una relación de sujeción especial deja de ser inmediatamente ejecutivo.

La interpretación de la STC 66/1984 que aquí se ha ensayado es la más plausible y respetuosa con su espíritu y tenor literal, pero pone de relieve la insuficiente regulación del sistema español de medidas cautelares en el proceso contencioso; insuficiencia sobre la que viene insistiendo la doctrina (GARCÍA DE ENTERRÍA, CHINCHILLA MARÍN) y que ha dado lugar a que se opongan serios obstáculos prácticos a la razonable tesis auspicia-

da por el TC. Obstáculos de los que no es responsable el ciudadano, sobre quien no se pueden hacer recaer las inconsecuencias constitucionales de una legislación procesal administrativa obsoleta en materia de tutela judicial cautelar, pero que es sobre quien, a la postre, han recaído. En efecto, creo que han sido dichos obstáculos los que han acabado por desvirtuar los pronunciamientos de la STC 66/1984. Primero lo hizo el TS a partir de la Sentencia de 7 de abril de 1986 y, sobre todo, del Auto del Pleno de 17 de octubre del mismo año; luego, el TC ha acabado por asumir la postura del TS a lo largo de diversos autos de inadmisión de modo que en la actualidad se ha dado la vuelta a la Sentencia 66/1984 y el propio Constitucional tiene establecido lo siguiente: el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface, sí, permitiendo que un juez se pronuncie sobre la ejecutividad; pero como tal posibilidad existe (art. 122 LJCA) e incluso puede solicitarse la suspensión en vía administrativa (art. 116 LPA) no empece a la efectividad de la tutela judicial que la Administración pueda ejecutar el acto administrativo antes del pronunciamiento judicial cautelar.

A esto es a lo que ha llegado la más reciente jurisprudencia tras un sigiloso proceso de menoscabo de las iniciales esperanzas suscitadas por la STC 66/1984. Y lo cierto es que se ha recorrido un trayecto circular y se ha llegado exactamente al lugar de donde se había partido: porque la posibilidad de solicitar la suspensión ha existido siempre y si el impacto de la Constitución sobre esta materia se reduce a la reinterpretación del artículo 122.2 LJCA —que ya venía siendo hecha por el TS con anterioridad— parece que es corto el viaje para tan abultadas alforjas. Por lo demás, el razonamiento actual no se aplica hoy sólo a las sanciones impuestas en el seno de una relación de sujeción especial, sino a cualesquiera actos de gravamen, por lo que, a la par que haberse dado auténticamente la vuelta a las tesis de la STC 66/1984, su lectura degenerativa se ha extendido a otros ámbitos, se ha expandido abarcando a todos los actos de gravamen.

Por lo que hace a la autotutela ejecutiva, parece que, en la buena lógica de la Sentencia 66/1984, la ejecución forzosa sólo habrá de ser procedente una vez que un juez se ha pronunciado sobre la ejecutividad, pero por lo que se acaba de indicar, las cosas no son así. En cualquier caso, lo importante ahora es que, según expresamente afirma la STC 22/1984, la ejecución forzosa «tiene que respetar los derechos fundamentales de los sujetos pasivos de la ejecución». Y no sólo, como siempre ha previsto el artículo 108 LPA, respecto de la compulsión sobre las personas aludiendo literalmente a los hueros «derechos reconocidos en el Fuero de los Españoles», sino respecto de cualquier otro medio de ejecución admitido por el ordenamiento. Por lo demás, y atendiendo a un concreto medio de ejecución forzosa, el TC ha declarado que a las multas coercitivas no son aplicables los principios constitucionales (art. 25.1 CE) rectores de la potestad administrativa sancionadora (STC 239/1988, de 14 de diciembre), por lo que en la medida en que éstos reconozcan derechos fundamentales no afectarán a aquéllas; declara-

ción que, entre otras cosas, tiene la virtud de clarificar definitivamente la no siempre apreciada por autores y jurisprudencia diferencia entre sanciones administrativas y multas coercitivas.

IV. Y UNA CONSECUENCIA SINGULAR DE LO VISTO HASTA AHORA:
AUTOTUTELA EJECUTIVA E INVIOLABILIDAD DE DOMICILIO
EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC ANTERIOR A LA SENTENCIA 160/1991

Es precisamente el tema del respeto a los derechos fundamentales de los sujetos pasivos de la ejecución el que, en este momento, hay que abordar. La ejecución forzosa puede incidir sobre varios derechos fundamentales, pero es obvio que no toda incidencia implica *per se* vulneración de los mismos. Ahora bien, los derechos fundamentales se alzan poderosamente frente a la ejecución y en ocasiones puede plantearse un conflicto frontal entre ésta y aquéllos; conflicto que de algún modo hay que resolver supuesto que la existencia de los derechos fundamentales no empece a la de la autotutela ejecutiva. Lo que se impone es armonizar, ponderar el modo en el que unos y otra pueden coexistir pacíficamente, aunque, eso sí, siempre habrá entre ellos un inevitable clima de guerra fría.

Y no se admiten generalizaciones: hay que compulsar cada derecho fundamental en concreto y dar, en cada caso, soluciones particularizadas. Eso es lo que ha hecho el TC en relación con el artículo 18.2 de la Constitución, en el que se reconoce el derecho a la inviolabilidad de domicilio y se establece tajantemente que, a salvo del consentimiento del particular, ninguna entrada o registro podrá hacerse sin resolución judicial a excepción del caso de flagrante delito. Con independencia de la elementalidad de la constitucionalización de un derecho como el citado, cuya tradición constitucional es añeja, destaca en el artículo 18.2 una acusada rigidez; casi recuerda un poco a la famosa frase de Lord CHATHAM acerca de las dificultades que encuentra el monarca inglés para entrar en el domicilio más humilde de su reino. Rigidez que contrasta con lo previsto en otros ordenamientos y que se pone de manifiesto si se piensa en la hipótesis, no inhabitual en la práctica, de la necesidad de penetrar en un domicilio para ejecutar un acto administrativo. No hay flagrante delito —tema complejo pero que ahora no procede analizar—, es fácil que no haya consentimiento, ¿hace falta resolución judicial?

Numerosas son las cuestiones de relieve que afloran en la jurisprudencia constitucional recaída sobre las relaciones entre ejecución forzosa e inviolabilidad domiciliaria: el problema de las vinculaciones entre inviolabilidad de domicilio e intimidad, el tema de si las personas jurídicas son o no titulares del derecho, el propio concepto constitucional de domicilio y el alcance de la garantía constitucional de su inviolabilidad... Son aspectos importantes pero en los que aquí no podemos entrar; la doctrina los ha analizado con detalle antes o después de los pronunciamientos del TC y se cuenta ya con un sólido conjunto de literatura

científica sobre el particular. Lo que interesa es reparar en el modo en que el TC ha resuelto la tensión entre ejecución forzosa de los actos administrativos e inviolabilidad domiciliaria, tensión que, si bien planteó ya antes de la Constitución el Auto de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Territorial de Burgos de 23 de septiembre de 1975, comentado en su día por SOSA WAGNER, ha sido a la luz del artículo 18.2 de aquélla cuando ha adquirido un relieve singular.

Y la Sentencia 22/1984, relativa al desalojo de un ático ilegalmente construido, ha estimado que la resolución judicial expresa es necesaria, incluso —y esto es muy importante por lo que veremos luego— para supuestos distintos de la ejecución forzosa de un acto administrativo:

«en toda actividad de ejecución de sentencias o decisiones llevada a cabo por los órganos públicos en que se produce, bien que necesariamente, el ingreso de los órganos ejecutores en un domicilio privado, se realiza en mayor o menor medida una inquisición de éste. De la facultad que el titular del derecho sobre el domicilio tiene de impedir la entrada en él es consecuencia que la resolución judicial o la resolución administrativa que ordenan una ejecución que sólo puede llevarse a cabo ingresando en un domicilio privado, por sí solas no conllevan el mandato y la autorización del ingreso, de suerte que cuando éste es negado por el titular debe obtenerse una nueva resolución judicial que autorice la entrada y las actividades que una vez dentro del domicilio pueden ser realizadas. La regla anterior no es aplicable únicamente a los casos en que se trata de una resolución tomada por la Administración en virtud de un principio de autotutela administrativa, como ocurre en el presente caso. A la misma conclusión se puede llegar cuando la decisión que se ejecuta es una resolución de la Jurisdicción ordinaria en materia civil. Si los agentes judiciales encargados de llevar, por ejemplo, a cabo un desahucio o un embargo encuentran cerrada la puerta o el acceso a un domicilio, sólo en virtud de una específica resolución judicial pueden entrar. Por consiguiente, el hecho de encontrarse ejecutando una decisión, judicial o administrativa, legalmente adoptada, no permite la entrada y el registro en un domicilio particular. Sin consentimiento del titular o resolución judicial, el acto es ilícito y constituye violación del derecho, salvo el caso de flagrante delito y salvo, naturalmente, las hipótesis que generan causas de justificación, como puede ocurrir con el estado de necesidad».

Semejantes pronunciamientos constitucionales generaron de inmediato un cierto desasosiego doctrinal. Acostumbrados los administrativistas a la ejecución forzosa sin intermediación judicial, el hecho de requerirla

ahora, aunque no fuera expresando una función jurisdiccional ni declarativa ni ejecutiva, introducía una importante distorsión en los esquemas conocidos. Tanto tiempo clamando por la racionalización de la autotutela y cuando el TC da aparentemente algún paso en dicha dirección lo que se produce es el desconcierto propio de quien, cuando un día vuelve a su casa, se encuentra con algunos de sus más preciados objetos cambiados de sitio. Pero no puede decirse que la crítica de los autores estuviera falta de todo fundamento.

Así, y como pone de relieve el Magistrado RUBIO LLORENTE en su voto particular a la Sentencia 22/1984, el Tribunal incurre en una innecesaria disociación entre acto y ejecución forzosa. Es conocido cómo, desde Otto MAYER, uno de los principios elementales en materia de ejecución forzosa es el de ejecución en línea directa de continuación del acto. Entre nosotros el tema ha merecido atención por parte de SAINZ MORENO o GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, y puede resumirse en que la ejecución no debe ir más allá de lo estrictamente necesario para lograr el cumplimiento de lo que el acto ordena. Si el acto a ejecutar es ajustado a derecho y la ejecución se cumplimenta en línea de continuación de aquél, no se entiende muy bien, como advirtió RUBIO LLORENTE, la desvinculación entre acto y ejecución material introduciendo entre ambos el requisito adicional de la resolución judicial para la entrada domiciliaria. Además, señaló este Magistrado, ante el requerimiento para el desalojo, la recurrente pudo solicitar la suspensión del acto, y «si no efectuó tal solicitud o habiéndola efectuado no le fue otorgada, no había obstáculo alguno a la ejecución del acto; el derecho a la inviolabilidad del domicilio quedó suficientemente asegurado y no se adivina qué protección adicional de sus derechos habría obtenido la recurrente si hubiera logrado de la Administración la exhibición de un mandamiento expedido por otro Juez carente de competencia para controlar la legalidad de la actuación administrativa».

La opinión disidente de RUBIO acierta en el clavo de lo que es dogmáticamente correcto. Pero no hay que perder de vista que la rigidez del artículo 18.2 CE no daba pábulo a otras posibles soluciones en la medida en que, quiérase o no, para entrar en un domicilio se exige, a salvo del consentimiento o del delito flagrante, la resolución judicial. Tema distinto es que el TC pudiera, como creo que pudo haberlo hecho, conferir un significado diferente al requisito de la intervención del juez, siendo ahora de recordar que, además, el acto a ejecutar —la orden de demolición de lo ilegalmente construido— había sido ya confirmado por una resolución judicial.

Es también de gran relieve el problema de qué juez era el que, tras la STC 22/1984, debía de autorizar la entrada domiciliaria; y, con él, el de cuáles eran sus competencias a la hora de enfrentarse al otorgamiento o no de la autorización. El TC da en este punto un auténtico salto en el vacío porque, a salvo de previsiones muy concretas, no existía en nuestro ordenamiento habilitación alguna para que los jueces autorizaran la entrada domiciliaria en ejecución forzosa de un acto administrativo.

Mucho menos, podía conocerse el alcance de la competencia judicial: sólo podía inferirse que no era de naturaleza jurisdiccional, sino de función en garantía de cualquier derecho que, expresamente, le ha de ser atribuida por la ley (arts. 117.4 CE y 2.2 LOPJ). Sobre el particular, la STC 22/1984 dijo algo sin decir en el fondo casi nada:

«Ante todo, hay que dejar claro que el Juez a quien se confiere la protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio no es necesariamente el Juez penal encargado de la instrucción sumarial, el cual sólo tiene que intervenir cuando la entrada en un domicilio guarde relación directa con la investigación sumarial que lleva a cabo. Nada permite inferir que ningún orden jurisdiccional —fuera del Juez penal— puede intervenir cuando se le solicite la autorización para la entrada en el domicilio de una persona. Pensar que el Juez carece de jurisdicción es hacer supuesto de la cuestión debatida, que es precisamente ésta. Y nada autoriza, finalmente, a pensar que el Juez a quien el permiso se pide y es competente para darlo debe funcionar con un “automatismo formal”. No se somete a su juicio, ciertamente, una valoración de la acción de la Administración, pero sí la necesidad justificada de la penetración en el domicilio de una persona.»

Al igual que los comisarios que aparecían en algunas de las interminables novelas románticas exclamaban ante crímenes sin móvil aparente: *¡cherchez la femme!*, el TC ha exclamado: *¡cherchez le juge!* Y el juez hubo que buscarlo. Ya antes, el legislador había iniciado la búsqueda en el artículo 101 del Proyecto de LOPJ de 1980, donde se encomendaba «a los Jueces de Partido, y en casos de urgencia a los de Distrito, autorizar en resolución motivada la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración». Pero no han existido frutos definitivos hasta el artículo 87.2 de la vigente LOPJ, donde se encomienda a los jueces de instrucción «la autorización en resolución motivada para la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento del titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración».

Solución que, adoptada sin debate parlamentario alguno, se inclina en favor del juez de instrucción y que contrasta, por ejemplo, con lo previsto en el ámbito tributario antes de la reforma del artículo 130 LGT por la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, puesto que, hasta entonces, los competentes para autorizar la entrada domiciliaria —en uno de los escasos supuestos en los que dicha autorización era exigida para la ejecución de un acto administrativo— eran los jueces de paz, comarcales o municipales, según fuera el existente en cada localidad. En cambio, la

vía del juez de instrucción había sido ya prevista en el artículo 40.3 del texto refundido de la Ley de Contrabando de 16 de julio de 1964, si bien en este caso la entrada domiciliaria tenía fines investigadores y no de ejecución forzosa, por lo que la asimilación de supuestos es dudosamente admisible.

Al optar por la solución conocida en materia de contrabando, el legislador olvida que ésta estaba prevista para otra cosa, no repara en que nada tiene que ver la pesquisa dirigida al esclarecimiento de un ilícito penal o administrativo —esto último en el caso del contrabando, pero a efectos argumentales la identidad sustancial del derecho sancionador puede servir aquí para justificar la competencia del juez de instrucción— con la entrada domiciliaria para ejecutar un acto administrativo. Pero, en fin, y aunque la doctrina había barajado otras hipótesis y el propio TC había considerado que no era necesaria, la opción en favor del juez de instrucción no ha podido ser más clara. Atribución que, por cierto, ha provocado en un ilustre procesalista (FAIREN GUILLÉN) el comentario de ser cuestión procesal y no orgánica, afirmando que su lugar propio hubiera de ser la Ley de Enjuiciamiento Criminal; opinión a la que, sin embargo, hay que oponer que la ley procesal criminal no es el marco más adecuado para introducir una previsión semejante, puesto que la autotutela ejecutiva nada tiene que ver con los ritos y formas del proceso penal.

Por otra parte, el legislador ha ido algo más lejos de lo que parecía desprenderse de la STC 22/1984 y de la Constitución en la medida en que la autorización judicial para la ejecución forzosa de un acto administrativo ya no se exige solamente cuando haya que penetrar en el domicilio —tan estrechamente vinculado a la intimidad—, sino también «en los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular». Se amplía notablemente el ámbito objetivo de la necesidad de la autorización judicial, puesto que ya no se exige ésta solamente para entrar en el domicilio, sino también en otros lugares, si bien esta previsión constaba ya, como hemos visto, en el Proyecto de LOPJ de 1980. Los problemas interpretativos que ello plantea son notables: ¿es idéntica la protección constitucional del domicilio de la de esos otros restantes edificios o lugares?, ¿es el mismo bien jurídico el protegido por la exigencia de la autorización judicial?, ¿está en todo caso involucrada la intimidad?, ¿qué cobertura se otorga al domicilio de las personas jurídicas?...

Lo que la LOPJ deja por completo al descubierto es el alcance de los poderes del juez de instrucción, aunque, como dice la STC 22/1984, nada autoriza a pensar que el juez a quien el permiso se pide y es competente para darlo deba actuar con un «automatismo formal». Y otra vez afloran las preguntas: ¿hasta dónde puede llegar el juez penal sin quebrar la compartimentación jurisdiccional?, ¿dónde debe quedarse su actividad no jurisdiccional sin frustrar las exigencias del artículo 18.2 CE que, evidentemente, repugnan el otorgamiento mecánico de la autorización? También sobre el particular se han pronunciado los autores proponiendo

diversas soluciones, pero ciñámonos de nuevo a lo que ha dicho el TC, básicamente en su Sentencia 144/1987, de 23 de septiembre, a la vista, por tanto, del 87.2 LOPJ, que el propio Tribunal menciona y del que dice:

«tal norma, en efecto, no ha sustraído a la jurisdicción contencioso-administrativa el control de legalidad de los actos de la Administración cuya ejecución exige la entrada en un domicilio para atribuirlo al Juez de Instrucción que ha de acordar esa entrada. El control de legalidad de estos actos, como el de toda actuación administrativa, sigue siendo competencia específica de esta jurisdicción, que es también la única que puede acordar la suspensión de lo resuelto por la Administración. El Juez de Instrucción actúa en estos supuestos como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y, en consecuencia, lo único que ha de asegurar es que requiere efectivamente la entrada en él la ejecución de un acto que *prima facie* parece dictado por autoridad competente en ejercicio de facultades propias, garantizando al tiempo que esa irrupción en el ámbito de la intimidad se produzca sin más limitaciones de ésta (o de los otros derechos fundamentales de los ocupantes) que aquellas que sean estrictamente indispensables para ejecutar la resolución administrativa».

Criterios materiales de actuación del juez penal que sería bueno contrastar con la realidad de las cosas: ¿hasta dónde llegan en la práctica los jueces de instrucción?, ¿dónde tiene cada juzgador situado el umbral de lo que él considera su competencia en estos casos?

En mi opinión, si bien tiene sentido que los jueces de instrucción conozcan de los procedimientos de *habeas corpus* en los que normalmente va a estar involucrada la Administración de la seguridad pública, atribuirles la competencia para autorizar la entrada domiciliaria cuando ésta sea precisa para la ejecución forzosa administrativa de un acto carece de todo fundamento. ¿Por qué el juez de lo penal? Hubiera sido mucho más consecuente otorgar la competencia al juez de lo civil; no sólo por la naturaleza atrayente de esta jurisdicción, sino también por la tradicional consideración del juez ordinario como garante de las libertades públicas que, con tanto predicamento en Francia, se refleja entre nosotros, por ejemplo, en la garantía interdictal frente a la vía de hecho. Distinto es el problema de la articulación procesal de la competencia del juez civil, si, como en su momento propuso algún autor, habría de seguirse la pauta de la jurisdicción voluntaria. Esa es cuestión que ahora importa menos: interesa más destacar que la opción en favor del juez civil hubiera sido algo más ajustada que la actual.

Pero incluso creo rechazable que el juez civil pudiera ser el encargado de otorgar o denegar la autorización. La mejor solución, en efecto,

hubiera sido la de conferir la competencia al juez de lo contencioso, como en su día propuso ya PECES Y MORATE. Es cierto que, según indica P. ESCRIBANO COLLADO, hoy la jurisdicción contencioso-administrativa no responde a la concepción subjetiva con que la misma fue configurada en la LJCA; pero no lo es menos que es un orden jurisdiccional completamente judicializado y naturalmente competente cuando la Administración, actuando en régimen de Derecho administrativo, entra en conflicto con un particular y, desde luego, en los casos en los que el interesado se opone a la entrada domiciliaria en el curso de un procedimiento de ejecución forzosa de un acto administrativo, el conflicto está servido. ¿Por qué el legislador ha perdido de vista todo esto?, ¿late en el artículo 87.2 LOPJ alguna desconfianza hacia los jueces de lo contencioso? Es cierto, y así ha sido puesto de relieve por algunos autores desde perspectivas distintas (GONZÁLEZ PÉREZ, L. MARTÍN-RETORTILLO), que en la jurisprudencia contenciosa no han faltado durante mucho tiempo ejemplos de una cierta condescendencia con el poder público, aunque no se pueda ni deba generalizar. ¿Acaso pudo sospechar el legislador que los jueces de lo contencioso iban a otorgar alegremente las autorizaciones solicitadas por la Administración? Hoy día, superada ampliamente la tendencia de la jurisdicción a defender el patrimonio y la propiedad antes que los derechos y libertades —tendencia que estaba, por otra parte, ampliamente amparada en la legislación—, es imposible sostener seriamente que los jueces de lo contencioso no están intensamente comprometidos con la defensa de las libertades públicas y de los derechos fundamentales, como expresamente, además, impone el artículo 7.1 LOPJ. Y aunque sea descender al plano personal, permítaseme evocar en este momento la bien conocida figura de Antonio CANO MATA, a cuya memoria están dedicadas estas páginas.

Es más, desde el punto de vista procesal, el contencioso ofrece la posibilidad de articular fácilmente el modo y el momento en el que el juez puede pronunciarse sobre la cuestión sin introducir un elemento extraño en la cadena normal de la ejecución. Mas detengámonos ahora aquí; sobre el particular habré de volver al final de este trabajo.

V. POR FIN, LA SENTENCIA 160/1991: DE LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS A LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LAS SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS Y OTRAS CUESTIONES DE INTERÉS

Así estaban las cosas cuando el suplemento del «BOE» de 9 de agosto de 1991 publica la STC 160/1991, de 9 de julio. A ella ha dedicado tempranamente un artículo periodístico Manuel JIMÉNEZ DE PARGA subrayando su importancia, y a ella vamos a dedicarnos a partir de ahora con cierto detalle.

1. *Los hechos de la Sentencia*

La STC 160/1991 resuelve el recurso de amparo interpuesto por cincuenta y cinco personas, bajo la dirección letrada de un conocido administrativista: Fernando GARRIDO FALLA, contra las actuaciones materiales producidas por agentes públicos en relación con el derribo de los edificios del casco urbano de Riaño (León) y, alternativamente, contra el Auto del TS de 7 de abril de 1988 desestimatorio de la apelación interpuesta contra el de la Sala de la Audiencia Territorial de Valladolid de 27 de junio de 1987. Los recurrentes adujeron infracción de los derechos reconocidos en los artículos 18.2, 19 y 24.1 CE en lo que éste prohíbe la indefensión.

El caso, aunque de origen rayano en la mitad de la década de los sesenta cuando se acordaron las expropiaciones necesarias para la construcción del pantano de Riaño, tuvo enorme resonancia pública cuando llegó el momento de las demoliciones. En su día, todos los medios de comunicación se hicieron eco del mismo y bien vivas están en la memoria las imágenes televisivas del derribo del pueblo de Riaño: a excavadoras y piquetas acompañaba un imponente despliegue policial dada la oposición de los vecinos a la demolición. El asunto fue muy controvertido y en el verano de 1991 el TC ha puesto fin a un contencioso del que, lo que son las cosas, ya nadie ajeno a los afectados se debía de acordar prácticamente. Irreversiblemente demolido el pueblo de Riaño, toca ahora a los juristas extraer consecuencias de la solución que el Alto Tribunal ha dado al caso.

Los hechos, sucintamente relatados, fueron los siguientes:

a) El 7 de julio de 1987, agentes públicos protegidos por las fuerzas de seguridad y acompañados por obreros provistos de maquinaria comenzaron a derribar los edificios del casco urbano de Riaño en los que los recurrentes tenían sus domicilios y establecimientos. Se da la circunstancia de que el Ayuntamiento había suspendido las demoliciones y que el Delegado del Gobierno en la Comunidad de Castilla-León había a su vez suspendido el acuerdo municipal en virtud de lo dispuesto en el artículo 67 LRBRL.

b) El mismo día en que tuvieron lugar las actuaciones materiales indicadas, los actores interpusieron recurso contencioso a través del cauce procesal de la Ley 62/1978, acusando vulneración de los derechos reconocidos en los preceptos constitucionales antes reseñados.

c) Por Auto de 21 de julio de 1987, la Sala de Valladolid inadmitió el recurso declarando su falta de jurisdicción al no existir acto administrativo, remitiendo, por aplicación del artículo 9.6 LOPJ, al orden jurisdiccional penal ya que los hechos, de ser ciertos, podrían ser constitutivos de los delitos tipificados en los artículos 189 y 191 CP.

d) Interpuesto recurso de súplica, que es el que el propio Auto hacía constar, fue declarado improcedente por la Sala vallisoletana el 27 de

julio siguiente, declarando que el apropiado era el de apelación y no el erróneamente indicado en un primer momento.

e) Interpuesto el recurso de apelación, el TS dictó el Auto de 7 de abril de 1988 confirmatorio del de instancia y, entrando en el fondo del asunto, declaró que no se habían vulnerado los derechos fundamentales alegados por los recurrentes y que la doctrina de la STC 22/1984 —aducida por los actores en apoyo de sus pretensiones— no era aplicable a este supuesto dado que «existieron las resoluciones judiciales de cara no sólo a la expropiación de las tierras, sino también a la ocupación efectiva de las edificaciones y viviendas existentes en ellas, resultando totalmente absurdo que se tuviera que obtener, dice el TS, la autorización de entrada en domicilio» a que se refiere el artículo 87.2 LOPJ, constreñida sólo, concluye el Auto citando literalmente el precepto, «a la ejecución forzosa de los actos de la Administración».

2. *Las alegaciones de las partes en conflicto*

A) Los actores acusaron, como se ha dicho, vulneración de los artículos 18.2, 19 y 24.1 CE. La inviolabilidad domiciliaria habría sido desconocida por no haber obtenido los agentes públicos autorización judicial para entrar en el domicilio y proceder a la demolición de las edificaciones; la libertad de elección de residencia habría sido atacada al haberse visto obligados los recurrentes a cambiar de domicilio contra su voluntad. Y, en caso de que el TC no entrara en el fondo de lo anterior, se adujo la interdicción constitucional de la indefensión que vendría menoscabada por el hecho de que el TS, entrando en el fondo del asunto y desestimándolo, impidió una primera instancia ante la Sala de Valladolid en la que los actores hubieran podido acreditar los hechos en que se basaba su demanda.

B) El Ministerio Fiscal estimó correcto el razonamiento de la Sala de Valladolid en orden a la falta de jurisdicción por tratarse de una actuación material de la Administración y no de actos jurídicos sujetos a Derecho administrativo. Respecto del artículo 18.2 CE alegó que los recurrentes no habían demostrado que su domicilio estuviera en las viviendas demolidas o que éstas fueran de su propiedad y que aquéllos no exigieron en ningún momento la autorización judicial, a diferencia de lo que había ocurrido en el caso resuelto por la STC 22/1984. Por lo que hace al artículo 19 CE, el defensor de la legalidad cita una providencia del propio TC de 16 de enero de 1989 —se entiende que de inadmisión por ser posterior a la LO 6/1988, de 9 de junio, tan críticamente comentada, dicho sea de paso, por RUBIO LLORENTE— en la que se afirma que la expropiación forzosa que dé lugar al traslado de poblaciones no atenta al derecho fundamental que aquel precepto reconoce.

C) El Abogado del Estado denunció la imprecisión con que los recurrentes habían fijado el amparo solicitado en virtud de los artículos 18.2 y 19 CE y, respecto del artículo 24.1, recordó que el TS había

entrado en el fondo del asunto confirmando la decisión de la Sala de Valladolid, por lo que si ésta no vulneró el artículo 24.1 lo procedente era desestimar el amparo sin entrar en el examen de las restantes violaciones alegadas por los recurrentes. El defensor de la Administración coincidió con el Ministerio Fiscal en que la Sala de Valladolid actuó correctamente por no haber actos administrativos susceptibles de enjuiciamiento contencioso.

Y en cuanto al fondo del asunto, el Abogado del Estado introdujo algunas precisiones del máximo interés. Respecto del artículo 18.2 afirmó que el caso no se refería a la ejecución forzosa de actos administrativos, sino a la de sentencias contencioso-administrativas, por lo que el artículo 87.2 LOPJ no resultaba aplicable. Además, dijo el letrado, tampoco podía invocarse la doctrina de la Sentencia 22/1984 por varias razones: i) no quedó demostrada la lesión del derecho fundamental en la vía correspondiente, esto es, la penal; ii) el artículo 18.2 CE no podía esgrimirse porque los edificios se demuelen desde fuera y, además, porque el precepto no otorga cobertura a las resistencias antijurídicas frente a quienes tienen derecho a ocupar. En todo caso, apostilló el Abogado del Estado, la STC 22/1984 admitió, además del flagrante delito, otras causas de justificación que permitirían el ingreso en domicilio, entre las que se encontraría, a su juicio, «el indebido entorpecimiento de la acción pública de ejecución forzosa».

Por último, en relación con el artículo 19 CE dijo el Abogado del Estado que «tampoco se lesiona el derecho de libre elección de residencia porque se desaloja a alguien de un inmueble que ya no tiene derecho a ocupar, si el desalojo se hace con arreglo al ordenamiento jurídico».

3. *El Pleno del TC recaba para sí la resolución del recurso de amparo*

A no perder de vista es que estamos ante un recurso de amparo resuelto por el Pleno del Tribunal Constitucional. Los recurrentes habían invocado la competencia del Pleno en sus alegaciones en torno al artículo 19 CE. Merece la pena, para situar los términos de su solicitud, transcribir el párrafo tercero de los Antecedentes que constan en la publicación oficial de la Sentencia:

«Finalmente, los recurrentes consideran que se ha violado su derecho a elegir libremente su residencia ya que les han privado de la totalidad de su entorno vital, de la comunidad en que nacieron y en la que desean seguir viviendo y desarrollando sus actividades. El tema reviste tal importancia que, según los recurrentes, a este Tribunal “le va a hacer necesario decidir nada menos que sobre la constitucionalidad del Capítulo Quinto del Título III de la vigente LEF, relativo a la expropiación que da lugar al

traslado de población". A este respecto, en su escrito de demanda los actores pusieron de manifiesto que el referido traslado de poblaciones no se prevé en el Capítulo Quinto, Sección segunda, que se refiere a las expropiaciones para la realización de obras públicas (como es el caso de un pantano). Además cabe cuestionarse si el artículo 89 LEF —que establece la indemnización por "cambio forzoso de residencia"— está viciado de inconstitucionalidad sobrevenida por el artículo 19 CE, con el que está en íntima contradicción. En tal caso, el presente recurso de amparo habría de ser avocado al Pleno del Tribunal Constitucional para que se pronunciase sobre el tema.»

De modo que los actores, con aspiraciones dignas de mejor causa, esperaban que el Pleno interviniera; pero sus deseos se canalizaban a través del artículo 55.2 LOTC: por el cauce del autoincidente de inconstitucionalidad, que presupone la estimación del recurso de amparo y que el TC considere que la Ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas. Y sí, el Tribunal resuelve en Pleno; pero por razones muy distintas a las esperadas por los recurrentes. En efecto, en el día fijado para la deliberación y votación de la Sentencia, la Sala Primera del TC advirtió contradicción entre la resolución del recurso de amparo y la doctrina de la Sentencia 22/1984, por lo que, de acuerdo con el artículo 13 LOTC, acordó someter la cuestión a la decisión del pleno; éste, pocos días después, acordó, conforme al 10.k) de la misma Ley, recabar para sí el conocimiento del recurso.

Aun cuando los vaticinios no son prudentes ni procedentes cuando de la decisión de un Tribunal se trata, parece que, en el caso, era claro que, a la vista de la remisión del asunto al Pleno, la solución del recurso iba a ser desestimatoria, al menos en lo referente al 18.2 CE. En efecto, en garantía del principio de igualdad ante la Ley, los artículos 10.k) y 13 LOTC determinan que, en caso de que la Sala correspondiente considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal, la cuestión se someterá a la decisión del Pleno, pudiendo éste recabar para sí la competencia resolutoria. Por lo que si la Sala advirtió la contradicción entre la respuesta dada al caso y la STC 22/1984, es que ahora el tema de la resolución judicial para proceder a la entrada domiciliaria iba a ser tratado de manera distinta.

4. *Las respuestas del Tribunal Constitucional ajenas al tema de la inviolabilidad domiciliaria*

4.1. *¿Ha habido vulneración del artículo 24 CE?*

El TC inicia su discurso razonando acerca de si la inadmisión del contencioso interpuesto ante la Sala de Valladolid, luego confirmada por

el Supremo, originó o no vulneración del derecho a la tutela judicial. Y la respuesta es afirmativa. Recuérdesse que la Sala se declaró incompetente por considerar que lo que se impugnaban eran simples actuaciones materiales y no verdaderos actos administrativos, y remitió a los recurrentes a la jurisdicción penal.

A lo largo de los Fundamentos Jurídicos 4 y 5 de la Sentencia 160/1991, el TC pone de manifiesto que existieron actos administrativos (órdenes de demolición) previos a las actuaciones de ejecución que «como no fueron notificadas por la Administración mal pudieron ser impugnadas por los administrados». Se trata, según se desprende de lo que dice el Tribunal, aunque éste no lo afirma claramente, de un supuesto típico de acto tácito,

«esto es, conductas o comportamientos de la Administración que revelan concluyentemente una decisión administrativa previa y que se dan, sobre todo, en las actuaciones que llevan aparejada el uso de la fuerza y la coacción, donde muchas veces la ejecución misma se presenta como la única exteriorización de la voluntad administrativa».

Acto que ha de entenderse comprendido en la expresión «actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo», que, a juicio del TC, abarca a los actos administrativos expresos, a los presuntos, a los tácitos y «a las actuaciones de la Administración que constituyen simples vías de hecho», lo que le conduce a afirmar que

«frente a una actuación material de la Administración sólo caben dos posibilidades; bien considerar dicha actuación como un conjunto de *facta concludentia*, de los que se debe inferir una resolución fundamentadora de la misma, esto es, una declaración de voluntad administrativa manifestada a través de la actuación material o, si no es así, concebir dicha actuación como una simple vía de hecho, es decir, como una pura actuación material no amparada siquiera aparentemente por una cobertura jurídica. En el caso que nos ocupa, en ninguno de los dos supuestos la inexistencia de un acto expreso sitúa a la actividad administrativa fuera de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, con independencia de que, además, otro orden jurisdiccional pueda ser competente para depurar la responsabilidad personal de los agentes que hicieron uso de la fuerza».

Consiguientemente, al inadmitir la Sala de Valladolid el contencioso, y al confirmar el Supremo la inadmisión, aunque éste entró en el fondo, se produjo vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. No obstante, la pretensión de los recurrentes en orden a la retroacción del

asunto a la jurisdicción es rechazada por el TC porque ello «supondría una prolongación del procedimiento innecesaria y opuesta al mismo objeto del amparo constitucional».

4.2. *¿Ha habido vulneración del artículo 19 CE?*

Los actores adujeron también que se había vulnerado el derecho a la elección libre de residencia. Es evidente, y sobre ello ha insistido por ejemplo SANTAMARÍA PASTOR, que la libertad de residencia tiene unos límites derivados de los condicionamientos urbanísticos y del propio régimen del derecho a la propiedad. Quizá apurando esta vía argumental, el TC pudiera haber mostrado la notable inconsistencia de las alegaciones de los recurrentes que, como se ha indicado más atrás, pretendían realmente que el Pleno fallara sobre la constitucionalidad de los preceptos de la LEF relativos a las expropiaciones que dan lugar a traslado de poblaciones. Pero el Tribunal hace caso omiso de esta última pretensión y, sintética pero contundentemente afirma que

«una Sentencia acordando la expropiación y desalojo de edificaciones para la construcción de un pantano conlleva necesariamente el traslado de los hasta entonces residentes en ellas, e impide la continuidad de su permanencia. Pero no impide que los que se vean desplazados elijan libremente su residencia, dentro de los límites que el ordenamiento imponga para defender los derechos de los demás, o los intereses generales, pues el derecho a la elección de residencia no es un derecho absoluto que habilite a ocupar cualquier vivienda o espacio, sino que, como el resto de los derechos, ha de ejercerse dentro del respeto a la ley y a los derechos de los demás».

La desestimación del pretendido ataque a la libre elección de residencia no puede ser más fulminante y acertada. Ahora bien, el Fundamento 11.º, y último, de la STC 160/1991, que es el que se acaba de transcribir parcialmente, hace referencia a la existencia de una sentencia acordando la expropiación, esto es: una sentencia que confirmaba la legalidad del procedimiento incoado y seguido para la expropiación de los terrenos necesarios para la construcción del pantano. ¿Es que la libertad de elección de residencia se hubiera visto infringida si tal sentencia no hubiera mediado?, ¿no es suficiente con el procedimiento expropiatorio? Las dudas que de aquí se suscitan son importantes, pero me limito a dejarlas planteadas porque hay que atender al argumento de mayor envergadura de la STC 160/1991: al de la inviolabilidad domiciliar que, también, va a bascular sobre la precedencia de una resolución jurisdiccional confirmando la expropiación forzosa.

5. *Los argumentos de la STC 160/1991 relativos a la inviolabilidad domiciliaria*

En efecto, el tema estrella de la Sentencia de 18 de julio de 1991 no es otro que el de la presunta vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio a consecuencia de no contar los agentes públicos con la, según los recurrentes, preceptiva autorización judicial. El TC dedica a ello la mayor parte del cuerpo doctrinal de la Sentencia y es precisamente este punto el que justifica que la competencia decisoria pase de la Sala correspondiente al Pleno por aplicación del artículo 10.k) LOTC en relación con el 13 de la misma Ley. Va a haber, pues, un cambio de criterio respecto de resoluciones precedentes. En especial, respecto de la STC 22/1984, antes aludida.

Pasando por alto el inocuo argumento del Abogado del Estado según el cual «los edificios e instalaciones se demuelen *desde fuera*, es decir, sin necesidad de entrada o ingreso en el domicilio», el TC se enfrenta al problema, aducido tanto por aquél como por el Ministerio Fiscal, de si los recurrentes tenían efectivamente su domicilio en las edificaciones demolidas. Reconociendo sus facultades en orden a acordar la práctica de la prueba, el TC prefiere no hacer uso de las mismas. Primero, porque bastaría con que uno de los recurrentes tuviera efectivamente el domicilio en Riaño —como la gran mayoría de ellos hacen constar en el poder que aportan— para entrar en el fondo del asunto. Y,

«en segundo lugar, y sobre todo, porque dada la carencia de viabilidad de sus pretensiones, sobre los argumentos que a continuación se exponen, resulta aconsejable evitar a los recurrentes ulteriores trámites y gestiones, irrelevantes para la decisión de fondo, en una pretensión condenada al fracaso».

Como vemos, la contundencia no escasea a lo largo de esta Sentencia. Quizá el Tribunal, en el párrafo transcrito, está anticipando al auditorio el vuelco que seguidamente va a provocar respecto de su jurisprudencia precedente. Porque, con ésta en la mano, no podía decirse con tanta claridad que las pretensiones de los actores relativas a la exigencia de autorización judicial iban tan derechas al abismo.

Entrando en materia, el TC repasa sumariamente el significado constitucional del artículo 18.2, alude a su rigidez, maneja los datos de derecho comparado que suelen traerse a colación en este punto y reitera que, a salvo del consentimiento y del delito flagrante, la resolución judicial es imprescindible; ésta

«aparece como el método para decidir, en casos de colisión de valores e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho del artículo 18.2 CE u otros valores o intereses

constitucionalmente protegidos. Se trata, por tanto, de encomendar a un órgano jurisdiccional que realice una ponderación previa de intereses, antes de que se proceda a cualquier entrada o registro, y como condición ineludible para realizar éste en ausencia del consentimiento del titular».

El TC reitera criterios ya conocidos; pero, al momento, advierte de que en este caso

«nos encontramos ante unas actuaciones de desalojo y demolición de un conjunto amplio de edificaciones del municipio de Riaño, que se llevaron a cabo en cumplimiento de resoluciones judiciales firmes, confirmatorias por su parte de resoluciones administrativas expropiatorias de tierras, edificaciones y viviendas en el municipio citado. Resulta así que hubo una resolución judicial concerniente al desalojo de los hoy recurrentes, pues, evidentemente, una decisión de los órganos jurisdiccionales relativa a expropiación de viviendas (y más aún con el fin de construir un embalse, como se señala por los recurrentes) implica, sin duda, el desalojo de los en ellas habitantes, y, por tanto, una ponderación de los intereses y derechos de éstos, incluidos, desde luego, los referentes al domicilio.

En el presente caso no estamos, por tanto, ante una actividad de la Administración de ejecución forzosa de sus propios actos amparada en el privilegio de la denominada autotutela administrativa, sino ante la ejecución de resoluciones judiciales firmes que autorizaron a la Administración a desalojar y derribar las viviendas expropiadas conforme a Derecho. Se trata, pues, de ejecución de Sentencias —y no de actos administrativos—, que en principio corresponde al órgano que hubiere dictado el acto o disposición objeto del recurso (art. 103 LJCA), debiendo interpretar esta competencia, tal y como hemos declarado, no como la atribución de una potestad, sino como la concreción del deber de cumplir lo decidido por las Sentencias (...)

En el presente caso [el] título ejecutivo lo constituyen las Sentencias firmes que confirmaron la expropiación de las viviendas de Riaño, que por cumplir con el triple requisito de la constancia formal inequívoca, la certeza del contenido y la de sus destinatarios, dispensan a la Administración, que las cumple y ejecuta, de la necesidad de obtener una nueva resolución judicial que, por lo demás, ya no sería una autorización, sino un mandato judicial de entrada en el domicilio».

No es momento todavía de descender a valoraciones o comentarios, pero a la vista de lo que se acaba de transcribir no cabe duda de que las precedentes afirmaciones del Tribunal están en contradicción con las de la STC 22/1984 que habían sido, claro está, aducidas por los recurrentes, motivo por el cual el TC se ve obligado a dar razón de la discrepancia y, tras invocar el artículo 13 LOTC y manifestar su apartamiento de la doctrina establecida en aquella Sentencia, indica que:

«Corresponde al Juez, según lo señalado, y de acuerdo con el artículo 18.2 CE, llevar a cabo la ponderación preventiva de los intereses en juego como garantía del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Y una vez realizada tal ponderación, se ha cumplido el mandato constitucional. La introducción de una segunda resolución por un Juez distinto no tiene sentido en nuestro ordenamiento, una vez producida, en el caso de que se trata, una Sentencia firme en la que se declara la conformidad a Derecho de una resolución expropiatoria que lleva anejo el correspondiente desalojo. Pues no cabe, una vez firme la resolución judicial, que otro órgano jurisdiccional entre de nuevo a revisar lo acordado y a reexaminar la ponderación judicial efectuada por otras instancias, que pudieran ser incluso de órdenes jurisdiccionales distintos, o de superior rango en la jerarquía jurisdiccional, pues ello iría en contra de los más elementales principios de seguridad jurídica. Y si no es posible una intervención judicial revisora, tampoco resulta admisible una segunda resolución judicial que no efectuará esa revisión, pues se convertiría en una actuación meramente automática o mecánica, confirmadora de la decisión judicial a ejecutar, lo que no constituye garantía jurisdiccional alguna ni responde a lo dispuesto en el artículo 18.2 CE.

En contra de lo que acaba de afirmarse, podría argüirse que la intervención del órgano judicial no sería meramente ritual y mecánica, ya que vendría a efectuar la correcta y debida individualización del sujeto que ha de soportar la ejecución forzosa y el cumplimiento de los elementales formalismos que deben preceder a la ejecución forzosa de todos los actos administrativos y, en particular, de aquellos que pueden suponer la lesión de derechos fundamentales. Sin embargo, ello no es así en el presente caso, ya que se trata de una ejecución en línea directa o de continuidad, donde se da una identidad absoluta entre el acto de ejecución material y su título habilitante que no necesita ni permite, siquiera, que se intercale ninguna actuación intermedia de individualización y que, por ello, hace innecesaria una nueva intervención judicial, que en este caso sí

sería, sin duda, huera y carente de significado, pues ninguna garantía añadiría a la protección del derecho fundamental de que se trata (...) Ha de concluirse, pues, que una vez recaída una resolución judicial que adquiriera firmeza y que dé lugar, por su naturaleza y contenido, a una entrada domiciliaria, tal resolución será título bastante para esa entrada, y se habrá cumplido la garantía del artículo 18 CE».

Consecuentemente, el amparo es desestimado en todos sus extremos.

VI. ¿EJECUCIÓN FORZOSA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS O EJECUCIÓN FORZOSA DE SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS?
LA RESPUESTA DEL TC ES DISCUTIBLE, PERO FLEXIBILIZA EL RÉGIMEN ANTERIOR Y SE EXPLICA EN EL ESCOLLO DEL ARTÍCULO 87.2 LOPJ

Aunque fuera cierto que, como si de una *meiga* se tratara, haber sentencia la había, no parece plausible afirmar que las actuaciones materiales de desalojo lo fueran en ejecución forzosa de una sentencia judicial firme. En nuestro ordenamiento jurídico, y a diferencia de otros en los que la expropiación no puede realizarse sin el concurso de la autoridad judicial en lo que concierne a la determinación del justiprecio y a la transferencia de la propiedad, el expropiatorio es un procedimiento ciento por ciento administrativo. Claro que hay intervención judicial, pero ésta, al margen de la fijación última del justiprecio, tiene como función comprobar si las expropiaciones están ajustadas a Derecho, controlar, en los términos del artículo 106.1 CE, la legalidad de la actuación administrativa, por lo que una sentencia confirmatoria no puede tener el efecto transubstanciador de convertir en ejecución de una resolución jurisdiccional la materialización de actos insertos en un procedimiento administrativo. Aunque haya sentencia confirmatoria, las expropiaciones son procedimientos administrativos y las ocupaciones a que las mismas dan lugar son consecuencia lógica de la expropiación misma, como lo prueba claramente que pueden lícitamente llevarse a cabo aun cuando esté pendiente una resolución judicial sobre cualesquiera aspectos de la legalidad de la operación expropiatoria, siempre que no se incurra en vía de hecho. En suma, la ocupación de los bienes expropiados trae causa, en cualquier caso, en el «acuerdo imperativo determinante del despojo» (GARCÍA DE ENTERRÍA), en el ejercicio de una potestad netamente administrativa cuyas consecuencias en el campo de la ejecución forzosa no se ven afectadas por el hecho de la interposición de la sentencia judicial confirmatoria.

En referencia concreta al caso, hay que recordar que el origen del mismo se remonta a mediados de la década de los sesenta cuando se determinó qué bienes eran de necesaria ocupación para la construcción del embalse de Riaño. A partir de ahí brotó una cascada de resoluciones

jurisdiccionales —he contabilizado aproximadamente setenta— relativas prácticamente todas ellas a la determinación del justiprecio; pero ninguna a la legalidad del procedimiento expropiatorio, que no parece haberse discutido en ningún momento. De ahí que, al menos a la vista de los datos que he podido compulsar en el Repertorio Aranzadi, no conste si, efectivamente, el TS dictó una resolución enjuiciando si la expropiación de que se trata cumplía o no con los requisitos legalmente establecidos. O, al menos, no he podido localizarla.

Pero aunque dicha resolución confirmatoria constara, creo que, por lo dicho antes, lo que se ejecuta no es la sentencia, sino que lo que se hace es poner fin a un procedimiento expropiatorio ordinario, pues de esta naturaleza era el del caso, a través de la ocupación de los bienes expropiados una vez que se ha pagado el justiprecio. Ocupación que, dice el artículo 51 LEF, se hace a través de cauces administrativos, pudiendo llegar incluso al lanzamiento o desahucio (art. 54 REF) a cuyo fin podrá contarse con el auxilio de la fuerza pública (art. 59 REF). Ese es el procedimiento; producido el pago, la ocupación viene a ejecutar el «acuerdo imperativo determinante del despojo», haya o no una sentencia que confirme la legalidad de la expropiación. Por lo demás, la sentencia contenciosa se ejecuta propiamente —o se inejecuta a la vista de la LJCA, todavía vigente en este punto aunque tan afectada por la doctrina constitucional— cuando la misma estima el recurso de un particular. En este caso sí que puede hablarse de ejecución administrativa de una resolución jurisdiccional, porque existe la interposición de una voluntad nueva entre la actividad de ejecución —que, lógicamente, nunca será forzosa en los términos de los artículos 100 y ss. LPA— y la propia voluntad administrativa. La Administración ejecuta una voluntad ajena a la suya propia, la del órgano jurisdiccional anulando el acto o disposición impugnados. Pero cuando la sentencia confirma el actuar de la Administración y declara su legalidad, cualquier actividad de ejecución forzosa trae su causa en la inicial voluntad de la Administración, en el acto que se ejecuta, sin que la resolución jurisdiccional modifique la naturaleza jurídica del procedimiento de ejecución ni el objeto de éste, que, en pura secuencia lógica, no es la sentencia, sino el acto administrativo.

No obstante, hay que indicar que la solución que en este punto aporta la STC 160/1991 no es enteramente nueva y que, en el fondo, no carece de alguna justificación a la que en seguida aludiré. Entre nosotros, y a la vista de la STC 22/1984, FONT I LLOVET había propuesto ya entender que cuando la Administración procede al desalojo de una vivienda cuya demolición ha sido declarada conforme a derecho lo que se ejecuta no es el acto administrativo, sino la sentencia que ha confirmado su legalidad. De admitirse así, dijo FONT, *«la Administración se encontraría haciendo uso de su derecho fundamental a la ejecución de una sentencia favorable y ejerciendo, en consecuencia, la competencia que en tal sentido le atribuye el artículo 103 LJ»*. Como en cualquier caso ello comporta un conflicto con el derecho a la inviolabilidad de domicilio, que seguiría exigiendo

autorización judicial, este autor se preguntó «si no podría interpretarse que *tal resolución judicial no hubiera de ser otra que la sentencia firme del juez contencioso que había declarado la legitimidad del acuerdo de demolición*». Porque sería, según la línea que aventuramos, en estricta ejecución de tal sentencia, y para dar cumplimiento a la misma, que la Administración ordenaría el desalojo de la vivienda a demoler, estando la Administración no sólo legitimada, sino incluso obligada, a adoptar dicha resolución». Este es el criterio que ha seguido el TC y que, por lo ya indicado, no comparto. Criterio que, no obstante, no puede enjuiciarse al margen del contexto en el que es propuesto.

En efecto, tanto en su día FONT como ahora la Sentencia comentada se pronuncian a la vista de la rigidez que ha caracterizado a la doctrina constitucional sobre este punto. Aquí se explican los argumentos de la STC 160/1991: se quiere rectificar y se hace aun a costa de introducir una distorsión en la órbita de la autotutela administrativa. Si según se desprende del texto constitucional cualquier entrada domiciliaria que no cuente con el consentimiento del titular o que no se produzca en caso de flagrante delito requiere resolución judicial, ésta también es precisa para ejecutar un acto administrativo cuando sea necesaria la entrada domiciliaria. Es éste un hecho incuestionable cuya interpretación, no obstante, alcanzó el paroxismo de la rigidez en la STC 22/1984. Ahora se ha virado de rumbo y se dice que la sentencia judicial firme que confirma el acto ejecutorio comporta la autorización para la entrada en el domicilio; lo que es mucho más correcto que exigir una nueva resolución judicial, como se exigía hasta ahora. Pero para ello no hace falta en absoluto alterar el régimen de la autotutela ejecutiva; basta con afirmar que si existe sentencia confirmatoria del acto hay ya resolución judicial suficiente para legitimar constitucionalmente la entrada domiciliaria en ejecución de aquél en caso de que la misma sea precisa; no hace falta convertir la ejecución forzosa de un acto en ejecución forzosa de sentencia. ¿Por qué entonces el TC ha dado el paso en este sentido?

Simplemente porque tiene a la vista un dato normativo sobre el que no puede pasar por alto: el artículo 87.2 LOPJ, que, de nuevo, se revela desafortunado y sobre el que no estará de más insistir en que su tramitación pasó de puntillas puesto que se aprobó sin debate parlamentario alguno. Si este artículo exige que para la ejecución forzosa de un acto administrativo se obtenga autorización del juez de instrucción cuando la ejecución requiere la entrada domiciliaria, y si el TC en su afán rectificador de la doctrina de la Sentencia 22/1984 no quería —como tampoco podía— dejar sin contenido un precepto que, pese a todo, ni es inconstitucional ni se puede desconocer, no le quedaba más remedio que declarar que las entradas domiciliarias en los edificios del casco urbano de Riaño se produjeron en ejecución de una sentencia judicial. Por lo que, a partir de ahora, cuando ésta exista, será suficiente para proceder a aquéllas. Dogmáticamente, la solución no me parece correcta, pero hay que reconocer que es la única posible si se pretende modificar el criterio vigente hasta el momento en la propia jurisprudencia constitucional.

Por lo demás, y consiguientemente, el argumento de la Sentencia no sirve cuando la ejecución forzosa no requiere la penetración domiciliaria; en tales casos, la ejecución lo será de un acto administrativo aun cuando haya sido confirmado por una sentencia judicial. Circunstancia ésta que pone de relieve la artificiosidad que, en suma, aqueja a la respuesta de la STC 160/1991 aun cuando venga forzada, insisto, por un precepto cuya urgente modificación debe postularse seriamente.

VII. ¿ACTUARON CORRECTAMENTE LOS ÓRGANOS DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA AL INADMITIR EL RECURSO INTERPUESTO CONTRA LAS ACTUACIONES MATERIALES DE EJECUCIÓN? ACTOS TÁCITOS Y VÍAS DE HECHO EN LA STC 160/1991

La STC 160/1991 alude también a la problemática, ya antigua, del control de los actos materiales de ejecución. El TC se plantea el tema cuando analiza si la inadmisión del recurso contencioso por la Audiencia de Valladolid y la ulterior confirmación de la Sentencia de instancia por el TS produjeron vulneración del derecho de los recurrentes a la tutela judicial. La respuesta, se recordará, fue afirmativa, pero por los motivos ya indicados en su momento la Sentencia 160/1991 rehusó la consecuencia lógica de su propio razonamiento, que no era otra que la retroacción de las actuaciones.

Y a este respecto hay que indicar que, quiérase o no, el control contencioso ordinario de los actos de ejecución no es siempre posible en la actualidad habida cuenta de la configuración que del objeto del recurso sigue realizando la LJCA, aunque sea de reconocer que se han producido importantes avances jurisprudenciales que palian notablemente los antiguos rigores derivados de una comprensión errónea de la llamada naturaleza revisora de la jurisdicción. Es así cierto que en varias ocasiones el TS ha admitido y fallado el recurso contencioso ordinario interpuesto contra actuaciones materiales en las que no constaba la existencia de acto previo; pero, a la vez, no hay que perder de vista en ningún momento los concretos pormenores del caso.

En efecto, y contrastando con la conocida Sentencia recaída en el asunto Capuchinos de Sarriá, tan brillantemente comentada por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, la STS de 16 de septiembre de 1988 (Azdi. 6715) confirma la de la AT de Bilbao de 22 de noviembre de 1986 y estima el recurso interpuesto contra el desalojo material de los actores de la parada de taxis del Aeropuerto de Sondika. Con anterioridad, la STS de 7 de febrero de 1978 (Azdi. 581) había estimado el recurso contra el lanzamiento de los actores por parte de la Policía Municipal de Vélez-Málaga de las cuarteladas que aquéllos ocupaban en el Mercado de Mayoristas. Y, en fin, más recientemente, la STS de 22 de septiembre de 1990 (Azdi. 7285) sienta una importante doctrina sobre el control contencioso ordinario de las actuaciones materiales, control que admite con toda claridad.

Son, sin embargo, soluciones que se dictan pensando en casos concretos y con pormenores bastante señalados: básicamente, en los tres la actuación material carecía, a juicio del TS, de toda cobertura jurídica, eran auténticas vías de hecho; de ahí que las respuestas del TS no sean necesariamente extrapolables. Son, desde luego, dignas de todo encomio en la medida en que plasman los ya antiguos auspicios doctrinales en favor de una comprensión amplia de las vías de hecho no limitadas a los aspectos estrictamente posesorios, que es a los que se ciñe, salvo contadísimas excepciones, la jurisprudencia civil; comprensión amplia de las vías de hecho que, enfrentada precisamente con las restricciones que a su control ofrecen los interdictos todavía limitados a las cuestiones posesorias, permite a la jurisdicción pasar por encima del arbitrio técnico del acto previo y entrar a conocer de las actuaciones materiales de la Administración a través del contencioso ordinario.

Pero en el asunto de Riaño no había vía de hecho, sino que existía la cobertura legal necesaria de las actuaciones materiales. ¿Quiere esto decir que la inadmisión del recurso contencioso contra las actuaciones materiales de ejecución fue correcta? No, porque los actores adujeron vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y articularon su pretensión a través del cauce de la Ley 62/1978. Y en éste es doctrina consolidada del TS que cabe con toda naturalidad la impugnación de actuaciones materiales o, lo que es lo mismo, de la actividad administrativa no formalizada en un acto expreso o presunto. Con esto hubiera sido bastante para que el TC estimara la incorrección de los fallos de la AT de Valladolid y del TS. Por otra parte, y como los recurrentes pusieron de manifiesto, si el recurso previo al amparo constitucional es el contencioso-administrativo, dicho cauce obligado no puede ser de objeto más restrictivo que el de un recurso de amparo que cabe también contra actuaciones materiales. Alegación que es plenamente correcta aun cuando la LOTC se refiera literalmente a vías de hecho que, técnicamente hablando, no parece que en el caso existieran. En cualquier caso, queda abierto el problema de la vía previa al amparo constitucional cuando el contencioso se articula frente a actuaciones materiales a través del proceso ordinario debiendo entenderse, lógicamente, que mientras la reforma esperada no se produce las sucesivas resoluciones de inadmisión producen el agotamiento de aquélla.

Pues bien, en lugar de razonar por ahí, el TC divaga inexplicablemente sobre los actos administrativos expresos, tácitos y presuntos y las actuaciones constitutivas de vía de hecho. En este último caso, dice, hay siempre falta de cobertura jurídica; en el de los actos tácitos concurren, recuerdo las palabras del Tribunal, «conductas o comportamientos de la Administración que revelan concluyentemente una decisión administrativa previa y que se dan, sobre todo, en las actuaciones que llevan aparejada el uso de la fuerza y de la coacción, donde muchas veces la ejecución misma se presenta como la única exteriorización de la voluntad administrativa». El TC no se pronuncia sobre si hubo vía de hecho o actos tácitos, pero del resto de la Sentencia se deduce fácilmente que

rechaza lo primero; por lo que en buena lógica es que admite lo segundo. Y como dice el TC, tanto si hay vía de hecho como si hay acto tácito, hay competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, ésta actuó incorrectamente al no entenderlo así. Cuestión distinta es la del alcance que el Tribunal dio a esta conclusión que, como se ha dicho, fue nulo al rechazar la retroacción de actuaciones solicitada por los recurrentes porque «ello supondría una prolongación del procedimiento innecesaria y opuesta al mismo objeto del amparo constitucional».

Parece claro, insisto, que no hubo una vía de hecho. Pero ¿puede decirse que hubo actos tácitos? Evidentemente sí..., si se parte del curioso concepto que de acto tácito elabora el TC y que no tiene mucho que ver con el que se sostiene habitualmente. En efecto, el acto tácito, figura muy poco atendida por la doctrina, consiste en la existencia de un efecto jurídico derivado de un acto expreso o presunto de la Administración que revela inequívocamente una declaración de voluntad; pero ésta —y aquí hay una diferencia básica entre el acto tácito y las actuaciones materiales— no va dirigida directamente a la producción del acto tácito, sino a otra dirección. Es el caso, por ejemplo, resuelto por la STS de 20 de mayo de 1988 (Azdi. 4193), en la que se ventilaba la aprobación de los planes de estudio de una Escuela Universitaria en los que se incluía la asignatura «Doctrina y Moral Católica y su Pedagogía». El acto que expresaba la voluntad era el aprobatorio del plan de estudios; el efecto tácito del mismo era la imposibilidad de impartir o recibir docencia de dicha asignatura sin que se manifestara una voluntad expresa en tal sentido.

El ejemplo anterior, lo mismo que el muy conocido de la afectación tácita, pone de manifiesto que en el caso Riaño no hubo en absoluto actos tácitos, sino, pura y simplemente, actuaciones materiales de ejecución de actos expresos que, como se ha indicado más atrás, debieron haber sido susceptibles de control contencioso a través de la vía procesal elegida por los actores, siendo técnicamente incorrecto el razonamiento del TC en relación con la expresión de la actividad administrativa de que se trataba.

VIII. EPÍLOGO: LA NECESIDAD URGENTE DE REFORMAR EL ACTUAL RÉGIMEN DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL NECESARIA PARA ENTRAR EN UN DOMICILIO CUANDO ELLO ES PRECISO EN LA EJECUCIÓN FORZOSA DE UN ACTO ADMINISTRATIVO. ENSAYO DE UNA PROPUESTA

Termino ya de dar cuenta de la STC 160/1991 manifestando, frente a lo que quizá ha podido parecer a lo largo de las páginas anteriores, que la misma merece globalmente un juicio positivo por lo que tiene de superación de la enorme rigidez introducida por el TC en la Sentencia 22/1984 en materia de ejecución forzosa e inviolabilidad del domicilio. A partir de ahora, cuando haya confirmación jurisdiccional de un acto administrativo y su ejecución requiera una entrada domiciliaria, no se

necesitará, para proceder a ésta, resolución judicial expresa por entender que la sentencia confirmatoria de la legalidad del acto en cuestión contiene ya la resolución judicial constitucionalmente necesaria. En cierto modo, ello no deja de ofrecer vertientes discutibles porque no está nada claro que, a diferencia de lo que apunta la STC 160/1991, el tribunal sentenciador proceda necesariamente a la ponderación de los intereses en juego como garantía de la inviolabilidad del domicilio. La sentencia puede prescindir de cualquier análisis en este punto, con lo que, a la postre, la garantía constitucional del derecho parece quedar en entredicho. Es más, ¿qué ocurre con las sentencias o autos de inadmisión en los que no se entra en el fondo del asunto?; ¿hay que entender que producen los mismo efectos en orden a la entrada domiciliaria que las sentencias que desestiman el recurso y confirman la legalidad del acto impugnado?

Todos estos problemas no empecen a que el TC haya realizado un encomiable esfuerzo en pos de la flexibilización de los rigores inaugurados por la Sentencia 22/1984. Ahora bien, ello se ha conseguido, al menos en mi opinión, a costa de una alteración importante de los presupuestos de la autotutela ejecutiva; alteración, además, bastante discutible dogmáticamente. Se trata, como se ha indicado más atrás, de la conversión de la ejecución forzosa de los actos administrativos en ejecución forzosa de las sentencias contencioso-administrativas; auténtica mutación conceptual a la que el TC se ve forzado para salvar lo dispuesto en el artículo 87.2 LOPJ y orillararlo dado que éste impone la autorización en resolución motivada de los jueces de instrucción cuando se trata de la ejecución forzosa de los actos, pero no dice nada de la de las sentencias, como sí que, recuérdese, había dicho algo la STC 22/1984, que ahora queda rectificadã en este punto. Ya he advertido que, para llegar a la nueva solución, no hace falta alterar la noción de autotutela ejecutiva, que debería bastar la sentencia estimatoria; pero el artículo 87.2 LOPJ hace que ello no sea posible, lo que pone de manifiesto lo necesario de su urgente modificación.

Por otro lado, a la vista del régimen legal hoy vigente, es claro que cuando la Administración pretenda entrar en un domicilio para ejecutar forzosamente un acto sin que medie sentencia judicial firme confirmatoria de la legalidad de éste, habrá de acudir al juez de instrucción competente y solicitarle la preceptiva autorización: en ningún momento se desprende de la STC 160/1991 que cuando la ejecución forzosa precisa una entrada domiciliaria sólo es posible si media sentencia judicial estimatoria del acto de que se trata. De ahí que, en estos casos, el régimen aplicable sea el del 87.2 LOPJ.

Pues bien, a la vista de todo ello, creo que las reticencias doctrinales que en su día existieron frente a las primeras respuestas del TC y frente al artículo 87.2 LOPJ, siguen estando plenamente justificadas. Es verdad que la Constitución exige resolución judicial cuando se pretende entrar en un domicilio para ejecutar un acto administrativo; y es razonable que dicha exigencia exista y se mantenga. Lo que no es tan adecuado es la canalización procesal que de la misma se ha hecho. De ahí que, para

concluir ya con este comentario, me anime a ensayar algunas propuestas que no pasan de ser simples hipótesis de trabajo y que, en cualquier caso, requieren para su virtualidad una importante modificación legislativa.

A) Podría pensarse que la solución de la STC 160/1991 es recuperable; que cuando hay sentencia confirmatoria, el requisito de la resolución judicial se entiende cumplimentado. Pero ello parte de una petición de principio: que la sentencia va a analizar el conflicto entre la autotutela ejecutiva y la inviolabilidad domiciliaria, lo que no siempre ha de ser así y ya se sabe que la garantía constitucional del derecho involucrado comporta una ponderación de los intereses en juego que ni se puede ni se debe menoscar. De ahí que estime que se trate de una salida que, aunque viable, presenta importantes problemas prácticos. Por otro lado, a fin de evitar la artificiosa conversión de la ejecución forzosa de los actos en ejecución forzosa de las sentencias, habría que modificar el artículo 87.2 LOPJ.

B) A mi modo de ver, la estructura del proceso contencioso-administrativo ofrece posibilidades no exploradas todavía para lograr la adecuada compaginación entre derecho a la inviolabilidad domiciliaria y autotutela ejecutiva. El camino podría ser el siguiente. Como se recordará, y al margen de una desafortunada evolución jurisprudencial ulterior, el TC, en la Sentencia 66/1984, sentó la doctrina de que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface facilitando que un tribunal se pronuncie sobre la ejecutividad. Ello implica que la eficacia del acto —y, consiguientemente, su ejecutoriedad o susceptibilidad de ejecución forzosa— queda en suspenso hasta que el órgano jurisdiccional se pronuncia sobre el particular en la pieza separada a que da lugar el incidente de suspensión o hasta que transcurren los plazos de recurso sin que éste se haya interpuesto.

Pues bien, creo que es en ese momento procesal cuando, al pronunciarse cautelarmente sobre la ejecutividad —y no sobre el fondo del asunto—, el tribunal puede proceder a la ponderación de los intereses en juego y apreciar, motivadamente, si la Administración puede entrar en el domicilio de un ciudadano. De modo que, confirmada la ejecutividad, se ha de poder entender producida la resolución judicial constitucionalmente exigida que no tiene que ser necesariamente una resolución recaída en un trámite procesal exclusivamente destinado a tal fin. Ello no es posible hoy en el esclerotizado sistema de tutela cautelar regulado en la LJCA, pero en la auspiciada reforma del mismo una solución como la apuntada puede tener cabida.

Todos los criterios que la doctrina viene invocando recientemente sobre la transformación radical del sistema de justicia cautelar administrativa son, por supuesto, aplicables en este punto (*periculum in mora, fumus boni iuris*). Admitiendo con base en los mismos el mantenimiento de la ejecutividad y, en consecuencia, la posibilidad de ejecución

forzosa si la Administración lo decide así, incluyendo la entrada domiciliaria, el riesgo que comporta que la sentencia sobre el fondo del asunto anule el acto ya ejecutado es, ciertamente, menor que el que provoca la actual incertidumbre del alcance de las potestades decisorias de los jueces de instrucción que, además, se mueven en un plano mucho más superficial que el tribunal de lo contencioso dado que éste, al adoptar la medida cautelar, no se queda en la simple constatación de, por recordar las palabras de la STC 144/1987 antes transcritas, asegurar que «requiere efectivamente la entrada [en el domicilio] la ejecución de un acto que *prima facie* parece dictado por autoridad competente en ejercicio de facultades propias, garantizando al tiempo que esa irrupción en el ámbito de la intimidad se produzca sin más limitaciones de ésta (o de los derechos fundamentales de los ocupantes) que aquellas que sean estrictamente indispensables para ejecutar la resolución administrativa».

C) Si la anterior puede ser la regla general, existen casos excepcionados. Tal ocurre, por ejemplo, cuando el particular no impugna el acto; circunstancia que, desde luego, no quiere decir que la garantía constitucional del derecho a la inviolabilidad domiciliaria desaparezca. O en aquellos otros en los que existe urgencia en la ejecución forzosa que, a mi juicio, tampoco menoscaban aquella garantía y respecto de los que es más que dudoso generalizar la regla del estado de necesidad, como parece apuntar el TC en la Sentencia 22/1984. Si a juicio del Tribunal el estado de necesidad exime del requisito de la obtención de la resolución judicial, ello no puede extenderse sin más a los casos de urgencia en los que dicho estado no tiene por qué concurrir de modo inexcusable.

Para solventar estos supuestos, la solución puede venir dada por la articulación de un cauce procesal extraordinariamente rápido en el que el órgano jurisdiccional, con independencia de cualquier proceso principal, pueda pronunciarse sobre la entrada domiciliaria en un tiempo lo suficientemente breve como para asegurar que no se menoscaba el derecho de los ciudadanos a la inviolabilidad domiciliaria cuando no han recurrido contra el acto ejecutorio, o que la urgencia aducida por la Administración —insisto en que no es estado de necesidad— requiere inmediatamente la penetración en un domicilio. El requerimiento de la intervención judicial ha de estar a disposición tanto del particular como de la Administración y, en todo caso, su solicitud ha de impedir cualquier intento de penetración domiciliaria que, de producirse, dará lugar a la procedencia de la vía interdictal. De ahí que los trámites procesales hayan de ser lo suficientemente ágiles para poder compaginar los intereses en juego.

Por las razones antes indicadas, entiendo que el juez competente ha de ser el de lo contencioso-administrativo, pudiendo existir aquí un campo competencial atribuible a los difusos Juzgados de lo contencioso-administrativo previstos en la LOPJ.

IX. NOTA BIBLIOGRÁFICA

La mención a L. MARTÍN-RETORTILLO con que se inicia el epígrafe II del presente comentario alude a sus intervenciones en la Comisión Constitucional del Senado, que se encuentran ampliamente recogidas y glosadas en su libro *Materiales para una Constitución. Los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado*, Madrid, Akal, 1984, 230 y ss., bajo la significativa rúbrica de «Someter a dieta las grasas de la Constitución o dejar para los manuales lo que sólo en los libros de texto debe de estar». El trabajo de BENVENUTI es su contribución al vol. VI de la *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1959, concretamente con la voz «Autotutela (diritto amministrativo)», 537 y ss. El estudio de BENVENUTI es punto de referencia inexcusable en la doctrina italiana que, de modo casi invariable, parte del mismo cuando se aproxima a la cuestión, aun cuando, eso sí, BENVENUTI sostenga un concepto quizá demasiado amplio de la autotutela administrativa y aun cuando anteriormente autores como CAMMEO y D'ALESSIO hubieran aludido ya a la idea de autotutela. Entre nosotros, el inexcusable punto de referencia sobre el particular se encuentra en GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid, Cívitas, 1989, 5.ª ed., 479 y ss., que es sin duda alguna, desde su versión en la primera edición del *Curso*, de 1974, la mejor sistematización y exposición de la autotutela administrativa con que se cuenta en nuestra doctrina; son páginas que, han llenado un vacío importante en nuestra doctrina científica explicando sistemática y dogmáticamente algo que no conocía sino aportaciones fragmentarias, por otra parte valiosas. Con posterioridad, son muy estimables, entre otros, SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Madrid, CEURA, 1988, 209 y ss.; desde una posición crítica, PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo. I. Parte General*, Madrid, Marcial Pons, 1989 (hay ed. post.), 143 y ss.; así como, más ponderado, el «Estudio Preliminar» de PAREJO ALFONSO al volumen recopilativo del propio PARADA, *La Administración y los jueces*, Caracas-Madrid, EJV-Marcial Pons, 1988, 40 y ss. No obstante, el nervio dogmático de la autotutela y de las potestades que de ella derivan sigue encontrándose en las páginas de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, todavía no superadas.

La consideración de la autotutela como quiebra al principio de paz jurídica es algo destacado comúnmente entre los procesalistas; vid., por ejemplo, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Notas relativas al concepto de jurisdicción*, en «Rev. Der. Proc. Ib.», 1972, págs. 480-481, quien, con su peculiar terminología, se refiere a la noción de autodefensa; también, con notable claridad, GIMENO SENDRA, *Fundamentos de Derecho Procesal*, Madrid, Cívitas, 1981, pág. 22. Recientemente, ha insistido sobre el tema el malogrado profesor Ignacio DE OTTO Y PARDO en sus excelentes *Estudios sobre el Poder Judicial*, publicación preparada por XIOI RÍOS y editada por el Ministerio de Justicia, 1989; vid., concretamente, las págs. 94 a 96. La expresión *farsi ragione da sé* es utilizada común y gráficamente por la doctrina italiana al aludir a la autotutela administrativa; así, GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, II, Milán, Giuffrè, 1988 (2.ª ed.), 1259-1260; SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, I, Nápoles, Jovene Ed., 1984 (14.ª ed.), 192. En un sentido del todo similar, BENVENUTI define genéricamente a la autotutela como «la capacità di farsi giustizia da sé»; *op. cit.*, 537. Sobre el proceso histórico de formación de la autotutela administrativa, baste con la remisión a los muy conocidos, y dispares en enfoques y resultados, estudios de GALLEGO ANABITARTE, *Administración y jueces: gubernativo y contencioso*, Madrid, IEA, 1971, y GARCÍA DE ENTERRÍA, *La formación histórica del principio de autotutela*, en el Homenaje a RUBIO SACRISTÁN, «Moneda y Crédito», núm. 128, vol. I, 1974, 59 y ss. Este trabajo se encuentra reproducido en el *Curso*, 482 y ss. de la 5.ª ed., de 1989, pero la publicación del mismo en el primer lugar indicado tiene la ventaja de incorporar una notable nota bibliográfica que luego no ha pasado a la obra que el autor publica en colaboración con FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. Perspectivas históricas —y contradictorias— sobre la autotutela en el marco del origen de nuestro sistema contencioso se encuentran ampliamente desarrolladas en la famosa polémica entre NIETO y PARADA —en la que también han terciado otros— que todavía está por resolverse y que se plasmó básicamente en PARADA VÁZQUEZ, *Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso*, núm. 55 de esta REVISTA, 1968; NIETO, *Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo*, núm. 57 de esta REVISTA,

1968; y de nuevo PARADA, *Réplica a Nieto sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo*, núm. 59 de esta REVISTA, 1969. Ambos autores vuelven a la carga cuando tienen oportunidad reafirmando en sus posiciones iniciales. Véase, si no, de NIETO sus *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, Madrid, INAP, 1986, 195 y ss.; y, de PARADA, su ya citado *Derecho Administrativo*, I, 152 y ss.

El concepto de potestad de Santi ROMANO, que es el que se toma como punto de arranque al hablar de la ejecutividad y de la ejecución forzosa, es expuesto por su autor básicamente, aunque ya había aludido al mismo antes, en la voz «Poderes. Potestades», recogida en sus *Fragmentos de un diccionario jurídico*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964 (traducción de SENTÍS MELENDO y AYERRA REDIN), 297 y ss. Entre nosotros se consultarán con provecho las exposiciones de GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, 441-442; SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, 879 y ss.; y DE LA CUÉTARA, *Las potestades administrativas*, Madrid, Tecnos, 1986, 39 y ss. La noción de autotutela en segunda potencia o reduplicativa remite a la interposición preceptiva del recurso administrativo previo al contencioso, a la potestad sancionadora de la Administración y al ya extinguido *solve et repete*; cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, 504-506. La cita de PAREJO ALFONSO en relación con el principio de eficacia hay que entenderla hecha a *La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública*, en «DA», 218-219, 1989, 15 y ss.

En relación con la posible naturaleza jurisdiccional de las potestades derivadas de la autotutela, es PARADA quien, entre nosotros, siempre lo ha sostenido así de modo más o menos explícito, tesis que confiere hoy un interesante enfoque al problema constitucional de la autotutela administrativa al oponerla al artículo 117.3 CE en lo que éste define la función jurisdiccional. Vid. su *Derecho Administrativo*, cit., 161. La misma idea parece apuntar también, aun sin afirmarlo claramente, MUÑOZ MACHADO, *La reserva de jurisdicción*, Madrid, «La Ley», 1989, 116-117. Por su parte, ANDRÉS IBÁÑEZ y MOVILLA ALVAREZ no ponen en duda que la ejecución de un acto pendiente de recurso comporta que la Administración ejerce facultades que sólo pertenecen a los jueces; vid. su monografía *El Poder Judicial*, Madrid, Tecnos, 1986, 166. En cambio, aunque sin demasiados argumentos, rechaza que la ejecución forzosa administrativa comparta las notas de la función jurisdiccional LAFUENTE BENACHES, *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la Administración Pública*, Madrid, Tecnos, 50-52. Toda esta cuestión, que en el texto apenas se alude por ser ajena a lo que en el mismo interesa reseñar, remite sin más al concepto de jurisdicción, sobre el que la bibliografía es muy abundante. Según cuál sea el concepto de jurisdicción que se sustente, se afirmará o negará que las potestades derivadas de la autotutela comportan ejercicio de funciones jurisdiccionales. A título meramente indicativo de la amplitud de los debates doctrinales en torno al concepto de jurisdicción, pueden verse ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *op. cit.*; MONTERO AROCA/ORTELLS RAMOS, *Derecho jurisdiccional. I. Parte General*, Barcelona, Bosch, 1987 (hay ed. post.), 137 y ss.; SERRA DOMÍNGUEZ, «Jurisdicción», voz inserta en el tomo XIV de la *NEJ*, Barcelona, Fco. Seix, 1978, 391 y ss. Entre los administrativistas, SOSA WAGNER, *Jurisdicciones administrativas especiales*, Sevilla, IGO, 1977, 19 y ss.; entre los constitucionalistas, además de los estudios de DE OTTO y REQUEJO PAGÉS que se citan seguidamente, L. M. DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid, Civitas, 1991, 19 y ss., en polémica expresa con el fallecido profesor ovetense y vocal del CGPJ. Como digo, las propuestas conceptuales en torno a la noción de jurisdicción son muy numerosas y del concepto que se adopte dependerá hoy el enfoque constitucional de la autotutela desde esta perspectiva. En mi opinión, y sin pretender detenerme ahora sobre el particular, creo, en la línea que apunta SERRA en el trabajo citado, y que ampliamente desarrollan DE OTTO (*op. cit.*, 17 y ss.) y REQUEJO PAGÉS (*Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, CEC, 1989, en toda su primera parte), que jurisdicción es la determinación irrevocable del derecho aplicable a un caso concreto, función que el texto constitucional reserva en exclusiva a los jueces y tribunales integrantes del Poder Judicial. Desde este punto de vista, básicamente expuesto por DE OTTO, tiene razón este autor cuando estima que la autotutela administrativa no comporta ejercicio de funciones jurisdiccionales, sino, todo lo más, un posible conflicto con el derecho a la tutela judicial efectiva; *op. cit.*, 95.

Ya en el epígrafe III, la STS de 17 de julio de 1982 fue comentada con todo elogio por SÁNCHEZ MORÓN, *El derecho a la tutela judicial efectiva como límite a la ejecutividad de*

los actos administrativos, «REDA», 35, 1982, 669 y ss., y por SANTAMARÍA PASTOR, *Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso*, núms. 100-102 de esta REVISTA, vol. II, 1983, 1609 y ss. Una panorámica general sobre la autotutela declarativa en aquellos momentos se encuentra en CANO MATA, *Limitaciones al principio de ejecutividad administrativa*, «REDA», 37, 1983, 209 y ss., y, algo después, en PAREJO ALFONSO, *La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo*, «REDA», 49, 1986, 19 y ss. La atención prestada por los autores a la STC 66/1984 es bastante abundante y, como se indica en el texto, crítica en algunos casos y divergente en las interpretaciones en otros. Las aportaciones que se citan son RUBIO DE CASAS, *De nuevo sobre la potestad sancionatoria: la Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 1984*, «REDA», 42, 1984, 477 y ss.; LÓPEZ RAMÓN, «Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en el vol. col. dirigido por L. MARTÍN-RETORTILLO, *De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Seminario de Profesores de la Facultad de Derecho*, Zaragoza, Institución Fernando el Católico, 1985, 469 y ss.; del mismo, *Límites constitucionales de la autotutela administrativa*, núm. 115 de esta REVISTA, 1988, 75 y ss., esp.; BALBÍN, *La garantía de defensa en juicio y el principio de ejecutividad del acto administrativo*, «Rev. CEC», 7, 1990, 9 y ss.; FUERTES SUÁREZ, «Límites constitucionales de la autotutela administrativa», en los *Estudios sobre la Constitución española en homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Cívitas, 1991, vol. III, 2483 y ss.

La alusión a los nombres de GARCÍA DE ENTERRÍA y CHINCHILLA MARÍN en relación con el problema de las medidas cautelares en el proceso contencioso español es, desde luego, incompleta en la medida en que otros autores vienen preconizando hace tiempo la necesidad de una reforma sustancial en este punto (PAREJO ALFONSO, por ejemplo; vid., además del trabajo de este autor últimamente citado, *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, Cívitas, 1983, 283 y ss.). Pero la mención expresa a ambos está justificada por lo significativo de sus aportaciones sobre el particular. No obstante, antes de citarlas, permítaseme explicar por qué se dice en el texto que la STC 66/1984 pone de manifiesto, probablemente sin pretenderlo, la insuficiencia del sistema de medidas cautelares en nuestra justicia administrativa. Si el TC remite, como lo hizo en la STC 22/1984, al tribunal de lo contencioso la decisión sobre la ejecutividad es claro que en el régimen actual ello supone postergar la cuestión hasta el momento del pronunciamiento jurisdiccional sobre la procedencia de la suspensión cautelar de la eficacia del acto impugnado. Ello, en un sistema contencioso que parte del preceptivo recurso administrativo previo y que desconoce otra medida cautelar distinta de la suspensión articulada además como incidente de un proceso principal, lleva a la consecuencia lógica de que la eficacia del acto administrativo queda paralizada durante bastante tiempo. Incluso si el particular afectado recurre pero no solicita la suspensión se impide que el tribunal de lo contencioso se pronuncie sobre la ejecutividad y, en pura doctrina constitucional, que el acto despliegue efectos. Son obstáculos prácticos que, en mi opinión, han pesado en los razonamientos del TS que ha venido reinterpretando lo que naturalmente se desprendía de la STC 66/1984 hasta desnaturalizarlo; razonamientos que han desembocado en que actualmente se sostenga que basta con la posibilidad de solicitar de un órgano administrativo o judicial que se pronuncie sobre la ejecutividad para que se entiendan cubiertas las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva. Tesis que ha acabado por asumir el TC no en sentencia pero sí en autos de inadmisión de recursos de amparo y que se ha extendido a cualesquiera actos de gravamen.

De ahí que la única manera de conseguir que, hoy por hoy, lo razonable del pronunciamiento de la STC 66/1984 no encuentre resistencias prácticas sea reformando de raíz el sistema de la justicia cautelar administrativa. Y las propuestas de GARCÍA DE ENTERRÍA y CHINCHILLA MARÍN son en este punto altamente sugestivas. Vid., del primero, *Los ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en el derecho español*, «REDA», 59, 1988, 338-339; *La reacción del contencioso francés a la crisis del modelo: ejecución de sentencias y medidas cautelares positivas*, «REDA», 60, 1988, 502-505, ambos incluidos, a su vez, en el volumen recopilativo *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, Cívitas, 1989 (2.ª ed. de 1991), volumen que, por cierto, cuenta con un muy estimable y amplio comentario rubricado por BELTRÁN DE FELIPE titulado «Las exigencias constitucionales de una nueva concepción del contencioso-administrativo», publicado en el vol. IV del homenaje al propio maestro, cit., 3085 y ss. Siguiendo con la obra de

GARCÍA DE ENTERRÍA dedicada a la tutela judicial cautelar, hay que referir aquí sus estudios *El problema de los poderes del juez nacional para suspender cautelarmente la ejecución de las leyes nacionales en consideración al Derecho Comunitario Europeo. La sentencia inglesa Regina v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame and Others*, y la negación general de medidas cautelares contra la Corona, «REDA», 63, 1989, 423-425; *Novedades sobre los procesos en el conflicto de pesca anglo-español. La suspensión cautelar por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de la Ley inglesa de 1988 aparentemente contraria al Derecho comunitario. Enseñanzas para nuestro sistema de medidas cautelares, sobre la primacía del Derecho Comunitario y respecto a la indemnizabilidad de los daños causados por la infracción de éste*, «REDA», 64, 1989, 597 y ss.; *La lucha contra el abuso de los procesos: juicios provisionales y medidas cautelares*, «PJ», 20, 1990, 9 y ss.; *La Sentencia Factortame (19 de junio de 1990) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La obligación del juez nacional de tutelar cautelarmente la eficacia del Derecho Comunitario aun a costa de su propio Derecho nacional. Trascendencia general de la Sentencia en el Derecho español y en el sistema español de medidas cautelares*, «REDA», 67, 1990, 417-420. Son todos ellos trabajos en los que, brevemente pero con gran altura, GARCÍA DE ENTERRÍA expone las carencias del sistema español de medidas cautelares, manteniendo unas tesis avanzadas que han encontrado cierto eco en recientes Autos del TS de los que el propio GARCÍA DE ENTERRÍA da cuenta en *La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio del «fumus boni iuris» (Auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general*, «REDA», 69, 1991, 65 y ss., y en *La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la «apariencia del buen derecho» para el otorgamiento de medidas cautelares. Silencio administrativo y apariencia de abuso de la ejecutividad*, «REDA», 70, 1991, 255 y ss. Un resumen de sus tesis en el vol. II del Curso, con FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 604 y ss. de la tercera edición, de 1991; y ya en corrección de pruebas puedo dar noticia de la recopilación de los trabajos de GARCÍA DE ENTERRÍA sobre el particular en un volumen de título bien significativo: *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Civitas, 1992. Por su parte, CHINCHILLA MARÍN ha sistematizado espléndidamente los puntos clave del problema en su monografía *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, coed. Civitas-Universidad Complutense de Madrid, 1991, con abundantes referencias de derecho comparado y especial atención al derecho español en 133 y ss. Por cierto que, con CHINCHILLA MARÍN y frente a lo que preconiza GARCÍA DE ENTERRÍA, creo que de algún modo hay que dar entrada al interés público en el nuevo sistema de tutela judicial cautelar aunque, eso sí, no la indubitada prevalencia al que ciertas tendencias jurisprudenciales nos tienen acostumbrados. Lo que me parece claro en todo caso es que la necesaria reforma a la que ha de procederse en este punto ha de tener en cuenta de modo prioritario las exigencias de la efectividad del derecho a la tutela judicial frente a la autotutela declarativa en el originario sentido que a las primeras otorgó el TC en su Sentencia 66/1984, hoy, como digo, tan desvalorizadas.

Sobre la constitucionalidad de la potestad de ejecución forzosa, vid. LAFUENTE BENACHES, *op. cit.*, 38 y ss., muy sucintamente pero planteando con precisión los problemas más importantes que aquélla comporta desde el punto de vista de los derechos fundamentales. En relación con la alusión a la importancia de la STC 239/1988 a la hora de zanjar definitivamente el viejo problema de la confusión entre multas coercitivas y sanciones administrativas, puede recordarse que dicha confusión ha sido denunciada por L. MARTÍN-RETORTILLO, *Multas administrativas*, núm. 79 de esta REVISTA, 1976, 10; VÁZQUEZ DE PRADA, *La interpretación jurisprudencial del «solve et repete» y la Ley 10/1973, de 17 de marzo, de revisión de la reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, núm. 75 de esta REVISTA, 1974, 181 y ss.; y, más recientemente, por SUAY RINCÓN, *Sanciones administrativas*, Zaragoza, Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1989, 60 y ss.

Pasando ya al epígrafe IV, la frase de Lord CHATHAM a la que se hace mención es: «el hombre más pobre desafía en su recinto a todas las fuerzas de la Corona; su chimenea puede estar fría, su techo puede temblar, el viento soplar entre las puertas desencajadas, la tormenta puede entrar, pero el rey de Inglaterra no puede entrar». La tomo de LÓPEZ RAMÓN, *Inviolabilidad*, cit., 484, quien, a su vez, la recoge del conocido *Précis de COLLIARD* sobre las libertades públicas. También NIETO se hace eco de ella en la pág. 10 del trabajo que se cita un poco más adelante. Las referencias comparadas que contrastan con la regulación constitucional en nuestro país del derecho a la inviolabilidad del

domicilio son, básicamente, las de las Constituciones alemana e italiana —la portuguesa es todavía más rígida que la española—, en las que se admiten posibilidades de penetración domiciliaria sometidas al juicio del legislador ordinario y sustraídas al requisito de la resolución judicial. Aunque es cierto que la inviolabilidad del domicilio es un derecho cuya protección debe de asegurarse al máximo, también lo es que los textos constitucionales deben tener en cuenta determinadas hipótesis que, al margen de los estados excepcionales, que por definición son de lectura restrictiva, pueden producirse con determinada frecuencia y en los que, posiblemente, no se piensa a la hora de elaborar una Constitución. Precisamente por eso, cláusulas cerradas, que son debidamente garantistas, comportan a veces una indebida rigidez porque a su amparo se cobijan supuestos quizá no sospechados por el constituyente pero que acaban por sujetarse a un régimen previsto para otras cosas. En una dirección crítica sobre la redacción del artículo 18.2 CE, aun cuando sin hacer referencia al tema de la ejecución forzosa sino a otros, véase L. MARTÍN-RETORTILLO, *Materiales*, cit., 100 y ss., con la transcripción y comentario de sus intervenciones parlamentarias dirigidas hacia la manifestación de lo evidente: ante una casa en llamas los bomberos no van a detenerse en la solicitud de autorización judicial si el titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio no está, ejemplo ya utilizado por el Comisario del Gobierno ROMIEU en sus célebres conclusiones al *arrêt Saint-Just*, del Tribunal de Conflictos, de 2 de diciembre de 1902; vid. LONG, WIEL y BRAIBANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, París, Sirey, 1984, 45 y ss.; y, en nuestra doctrina, la completísima exposición de AGIRREAZKUEENAGA ZIGORRAGA, *La coacción administrativa directa*, Madrid, Civitas-HAEE/IVAP, 1990, 83 y ss. El TC, en su Sentencia 22/1984, ha intentado solventar en cierta medida el problemático monolitismo del artículo 18.2 CE admitiendo que la resolución judicial no es necesaria cuando concurra el estado de necesidad. Lo que, aun cuando sea obvio, deja al descubierto algo que ya indicó L. MARTÍN-RETORTILLO: que es mejor que las excepciones y las habilitaciones estén de algún modo previstas en el texto constitucional cuando de los derechos fundamentales se trata.

En relación con el concepto de delito flagrante, que a los efectos de este comentario no ofrece especial interés, puede verse QUERALT JIMÉNEZ y JIMÉNEZ QUINTANA, *Manual de policía judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1987 (hay ed. post.), 59-62 y 90-93.

Sobre lo que en el texto se dice en torno a la autotutela ejecutiva y la inviolabilidad domiciliaria destacan los ya citados estudios de LÓPEZ RAMÓN, así como el de NIETO, *Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria*, núm. 112 de esta REVISTA, 1987, 39 y ss., ambos muy críticos con la STC 22/1984. Sobre la cuestión se han pronunciado también, a la vista de la citada Sentencia y por orden cronológico, QUINTANA LÓPEZ, *La autorización judicial: garantía de la inviolabilidad del domicilio y límite de la ejecución forzosa de los actos administrativos*, «REVL», 224, 1984, 543 y ss.; PECES Y MORATÉ, *La ejecutividad administrativa y la inviolabilidad del domicilio*, «PJ», 13, diciembre 1984, 85 y ss. (se trata, claro está, de la época anterior a la actual de la Revista, que comienza en 1986); SÁNCHEZ ISAC, «La ejecución forzosa de los actos de la Administración y la inviolabilidad del domicilio en la doctrina del Tribunal Constitucional», en el *Homenaje a Carlos Ruiz del Castillo*, Madrid, IEAL, 1985, 561 y ss.; DE ALFONSO BOZZO, *Sobre la inviolabilidad del domicilio*, «RJC», 1985/2, 169 y ss.; CASAS VALLES, *Inviolabilidad domiciliaria y derecho a la intimidad*, «RJC», 1987/1, 173 y ss.; LONGAS LAFUENTE, *La inviolabilidad del domicilio en la ejecución forzosa de los actos administrativos según la jurisprudencia*, «AA», núms. 30 y 31, 1987, 1729 y ss. y 1785 y ss.; CHACÓN ORTEGA, *La ejecución subsidiaria y la entrada en el domicilio o lugar sujeto a autorización del titular*, «AA», núm. 29, 1989, 1721 y ss.; PAREJA I LOZANO, «Autotutela i executivitat des actes administratius», ponencia presentada a las *III Jornades de Dret Local a Girona*, que sobre el tema «Municipi i activitat policial» tuvieron lugar entre el 29 de noviembre y el 1 de diciembre de 1990. Manejo la versión policopiada del trabajo de PAREJA que, al igual que el resto de las ponencias defendidas en las Jornadas, ha de ver la luz próximamente en el volumen correspondiente; AGIRREAZKUEENAGA ZIGORRAGA, op. cit., 304 y ss.; *La coacción administrativa directa en el ámbito de la inspección de consumo. Límites en el acceso a locales a inspeccionar*, «REDA», 69, 1991, 53 y ss., especialmente.

Con las citadas no se cierra el conjunto de aportaciones doctrinales que, con mayor o menor intensidad, han atendido al problema de la ejecución forzosa de los actos administrativos cuando se requiere para ella la entrada domiciliaria, siempre a la luz de

la STC 22/1984. Quedan algunos en el tintero que, aun cuando me consta su existencia, no he podido manejar directamente. Mención aparte por su extraordinario interés y alcance general merece el estudio de GARCÍA TORRES, *El artículo 130 de la Ley General Tributaria a la luz de la Constitución*, «PJ», 18, 1990, 27 y ss. No hay que llamarse a engaño; pese a título aparentemente tan modesto, el trabajo de este Abogado del Estado y Jefe del Servicio Jurídico ante el Tribunal Constitucional va mucho más lejos.

El comentario de SOSA WAGNER a la Sentencia de la AT de Burgos de 23 de septiembre de 1975 se encuentra publicado en «REDA», 14, 1977, 481 y ss., bajo el título de *Ejecución forzosa e inviolabilidad del domicilio*. Al menos que yo sepa, hubieron de transcurrir siete años hasta la publicación de un nuevo trabajo atinente a la materia. Se trata del rubricado por COLOM PASTOR, *Autorización judicial a la Administración e inviolabilidad del domicilio*, aparecido en «REDA», 40-41, 1984, 249 y ss., donde se comenta la STS de 7 de diciembre de 1982 que, precisamente, se encuentra en la base de la STC 22/1984. Sobre el concepto constitucional de domicilio y la garantía constitucional de su inviolabilidad, hay abundantes indicaciones en LÓPEZ RAMÓN, *Inviolabilidad*, 478 y ss.; NIETO, cit., 20 y ss.; GARCÍA TORRES, cit., 31 y ss.; CASAS VALLES, cit., en su totalidad; LONGAS LAFUENTE, cit., 1731 y ss.; GARCÍA MACHO, *La inviolabilidad del domicilio*, «REDA», 32, 1982, 855 y ss., con referencias del derecho alemán; PLAZA ARRIMADAS, *La inviolabilidad del domicilio*, «REVL», 216, 1982. Lógicamente, ha de repararse en la fecha de cada uno de ellos, puesto que de ahí depende que se tengan o no en cuenta los pronunciamientos habidos al respecto en la jurisprudencia constitucional. Sobre el problema de si las personas jurídicas ostentan también el citado derecho —que en el comentario se ha obviado por completo—, varios de los autores citados se pronuncian al respecto a la luz, sobre todo, de la STC 137/1985, de 17 de octubre, que comenta con ciertas dosis de criticismo QUINTANA LÓPEZ en *Un paso más hacia la delimitación de la inviolabilidad del domicilio en nuestro derecho*, «REALA», 229, 1986, 145 y ss. La postura cautelosa de QUINTANA contrasta notablemente con la que sostiene QUERALT JIMÉNEZ en su minucioso estudio, pero discutible en algunos extremos, *La inviolabilidad domiciliaria y los controles administrativos. Especial referencia a la de empresas*, «REDC», 30, 1990, 41 y ss. Vid. también AGIRREAZKUEENAGA, *op. ult. cit.*, 54-55.

La exposición sobre el principio de ejecución en línea directa de continuación del acto tiene su origen en el *Derecho administrativo alemán*, de OTTO MAYER, concretamente en la pág. 115 del vol. II (Buenos Aires, Depalma, 1982), donde alude al mismo en relación con la necesidad de un fundamento legal propio para el empleo de un medio de ejecución forzosa. Entre nosotros, cfr. SAINZ MORENO en su comentario a la STS de 15 de febrero de 1977, publicado en «REDA», 13, 1977, 321 y ss.; y GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, cit., 742-744. En relación con un supuesto concreto, puede verse BARCELONA LOP, *Régimen jurídico de la policía de seguridad*, Oñati, HAEE/IVAP, 1988, 212-213. Razona en línea con el voto particular de RUBIO LLORENTE a la STC 22/1984, LÓPEZ RAMÓN, *Inviolabilidad*, 500 y ss.; también lo encuentra estimable NIETO, cit., 52 y ss., aunque advierte que la Constitución ha impuesto la distinción entre acto y realización material «en el supuesto concreto en que entre en juego el hecho de una entrada fáctica en el domicilio de un particular». Sobre la mención del 87.2 LOPJ a «los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular», véase GARCÍA TORRES, cit., 39-40, apuntando, en línea con NIETO, que la protección constitucional de la inviolabilidad del domicilio y la consiguiente actividad judicial en garantía del derecho habría de ejercerse «con mayor o menor vigor, detenimiento y minuciosidad según que la actuación administrativa llevara consigo la irrupción en una esfera de intimidad o se tratara simplemente de suplir la negativa del particular a consentir el acceso a un edificio o lugar que no albergue ningún ámbito de privacidad según su normal uso o destino, subdistinguiendo en este último caso diversas hipótesis (que el titular venga o no obligado a facilitar el acceso; que se encuentre o no en situación previa irregular, etc.)». De los diferentes supuestos que contempla el 87.2 LOPJ se hace eco también QUERALT JIMÉNEZ, identificando una esfera de la intimidad de las personas jurídicas —que particularmente me parece discutible en los términos que QUERALT utiliza— y aludiendo a actividades administrativas de inspección no precisadas de la autorización judicial; vid. *La inviolabilidad domiciliaria*, cit., 51 y ss.

Las alternativas a la solución adoptada por la LOPJ fueron la jurisdicción civil a menos que el particular formulara oposición contenciosa (COLOM PASTOR, cit., 254), o hasta que se produjera el desarrollo legislativo correspondiente, en cuyo caso la

competencia debiera reconocerse en favor de la jurisdicción administrativa (PECES Y MORATE, cit., 88). No obstante lo que se dice en el texto, no estará de más recordar con QUERALT JIMÉNEZ (*op. cit.*, 49, por nota) que el Juez de Instrucción es el único que está de guardia, aunque no sé si en este caso es peor el remedio que la enfermedad y si no hubieran podido adoptarse soluciones algo más imaginativas. La referencia a FAIREN GUILLÉN en relación con la naturaleza procesal y no orgánica del 87.2 LOPJ lo es a sus *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985*, Madrid, EDESA, 1986, 98.

La problemática del alcance de las potestades del juez de instrucción ha sido también estudiada en los repetidas veces citados trabajos de LÓPEZ RAMÓN, NIETO y GARCÍA TORRES, especialmente este último sosteniendo que aquél ejerce un control de proporcionalidad aunque «además, pueda denegar lícitamente la autorización cuando aprecie la existencia de graves y manifiestas ilegalidades (...), y siempre si éstas son tales que la actuación administrativa merezca ser tachada de vía de hecho». Que se encuentra arraigada la idea de que el juez de lo civil es garante de las libertades públicas lo demuestra, por ejemplo, como se dice en el texto, el tema de la vía de hecho utilizable desde luego frente a determinados atentados sobre las libertades públicas; vid. GONZÁLEZ PÉREZ, *El juez ordinario defensor de la legalidad administrativa*, «Rev. Der. Proc. Ib.», 1971/1, 102-105; MARTÍN REBOLLO, «La vía judicial previa al recurso de amparo constitucional (el artículo 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)», en *El Tribunal Constitucional*, II, Madrid, IEF, 1981, 1695-1698. Téngase en cuenta, no obstante, que en Francia, verdadera patria de la idea del juez ordinario como garante de las libertades públicas, algún autor ha postulado no hace mucho la revisión de la misma a la vista de su operatividad real; vid. en este sentido, LE MIRE, *Inexistence et voie de fait*, «RDSP», 5, 1978, 1224-1226, postulando algo después la necesidad de dar entrada a los jueces administrativos en el control de las vías de hecho; tesis sostenida en Francia también por BRAIBANT, *Le droit administratif français*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques & Dalloz, 1984, 190; en España, y con argumentos muy sólidos, LÓPEZ MENUDO, *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Madrid, Cívitas-Universidad de Córdoba, 1989, 42 y ss.

Sobre la atribución a la jurisdicción contenciosa de la competencia para el dictado de la resolución judicial, una vez que la misma estuviera prevista normativamente, vid. PECES Y MORATE, cit., 88, con crítica expresa al Proyecto LOPJ que, dice este autor, «inexplicablemente, atribuye tal competencia al Juez de Instrucción». Sabemos ya que la previsión del entonces Proyecto llegó a mejor puerto que el deseado. Téngase en cuenta, por otra parte, que cuando PECES Y MORATE escribe es Juez de Instrucción de Madrid.

El tema de la pérdida del carácter subjetivo de la jurisdicción contenciosa ha sido puesto de relieve, con todo acierto, por ESCRIBANO COLLADO en *¿Crisis de los conceptos de Administración pública y de Derecho administrativo?*, «REDA», 37, 1983, 184. Junto a los propuestos por otros autores de gran prestigio (GARCÍA DE ENTERRÍA, PAREJO ALFONSO, ORTEGA ALVAREZ, QUINTANA LÓPEZ, etc.), el argumento de la quiebra de la concepción subjetiva de la jurisdicción explica adecuadamente el fenómeno del control contencioso de los actos de administración material que, a lo que parece, tan trascendente considera un importante sector doctrinal para rechazar la construcción estatutaria del Derecho administrativo, montada sobre la personalidad jurídica de la Administración, impulsada entre nosotros por GARCÍA DE ENTERRÍA.

Tanto GONZÁLEZ PÉREZ como L. MARTÍN-RETORTILLO han aludido a la tendencia de la jurisdicción contencioso-administrativa a tener, por decirlo de algún modo, ciertos detalles con el poder. Las perspectivas de ambos autores son distintas, pero en el fondo la idea que late es en cierto modo próxima. Vid., del primero, *La justicia administrativa en España*, Madrid, Cívitas, 1974, 76. De L. MARTÍN-RETORTILLO, «La libertad ante el recurso contencioso-administrativo», prólogo que fuera al conocido libro de CASTELLS ARTECHE sobre la libertad de desplazamiento y el pasaporte (Madrid, Seminarios y Ediciones, 1974) y que hoy puede leerse en la recopilación de trabajos de su autor, *El vía crucis de las libertades públicas y otros ensayos rescatados*, Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1976, 79 y ss. El propio L. MARTÍN-RETORTILLO ha insistido en repetidas ocasiones sobre la perspectiva patrimonialista, de defensa de la propiedad y de los propietarios, que ha caracterizado durante mucho tiempo al Derecho administrativo y a la jurisdicción contenciosa, aunque, posiblemente, la más descarnada denuncia se deba

a la pluma de NIETO, *La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo*, núm. 76 de esta REVISTA, 1975, 9 y ss.

Sobre la obra de Antonio CANO MATA en defensa de las libertades públicas poco puedo decir aquí que no se conozca; firmemente asentado en sus creencias personales, se distinguió, en lo que yo le pude conocer, por su actitud abierta y tolerante. Creo que precisamente ello es lo que distingue a un juez de otro y, como es lógico, hubo de reflejarse en sus aportaciones científicas y en sus decisiones judiciales. Pensando en estas últimas, siempre he sentido predilección por la Sentencia recaída en el caso del cierre del bar *Mikeldi*, de la AT de Burgos, Sala de lo contencioso de Vizcaya, de 7 de julio de 1975, de la que Antonio CANO fue ponente. Sentencia que, relativa a sanciones y responsabilidad patrimonial, puede consultarse en el libro de L. MARTÍN-REBOLLO, *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Madrid, Cívitas, 1977, 52-56, por nota, donde se encuentra íntegramente transcrita.

El epígrafe V comienza con una mención a un artículo periodístico de JIMÉNEZ DE PARGA sobre la STC 160/1991, que no es otro que *El Tribunal Constitucional cambia de domicilio*, aparecido en las págs. 11 y 12 del diario «El Sol» correspondiente al jueves 15 de agosto de 1991, diario ya desaparecido cuando corrijo pruebas. Esta fue la primera referencia que tuve de la citada Sentencia, la que suscitó mi curiosidad, me animó a localizarla en el «BOE» y a, una vez leída, pergeñar estas páginas de comentario. Los hechos de la Sentencia que en el texto se recogen son un extracto lo más fiel posible de los extensos Antecedentes que aparecen en la publicación oficial de la misma. La crítica de RUBIO LLORENTE a la LO 6/1988, de 9 de junio, de reforma de la LOTC en lo concerniente a la admisión del recurso de amparo y su plasmación procesal, se encuentra en su trabajo, no exento de cierto causticismo en algunos momentos, *El trámite de inadmisión del recurso de amparo (Comentario a la Ley Orgánica 6/1988)*, «REDA», 60, 1988, 507 y ss. En relación con los artículos 10.k) y 13 LOTC y su condición de garantes del principio de igualdad ante la ley, vid. CANO MATA, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, EDESA, 1986, 69 y 72. La cita de SANTAMARÍA PASTOR relativa al artículo 19 CE corresponde a su colaboración sobre el mismo en los *Comentarios a la Constitución*, dirigidos por GARRIDO FALLA, Madrid, Cívitas, 1985 (2.ª ed.), 389.

Ya en el epígrafe VI, el más valioso estudio dogmático sobre la potestad expropiatoria, y por eso se menciona a su autor en el texto, sigue siendo el tempranamente rubricado por GARCÍA DE ENTERRÍA *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, publicado inicialmente en 1956 por el Instituto de Estudios Políticos y del que aquí se mancha la reproducción facsimilar editada por Cívitas en 1984; también, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, II, 201 y ss. La opinión de FONT I LLOVET que se recoge se encuentra en su libro *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. Aspectos constitucionales*, Madrid, Cívitas, 1985, 141-142. Como se dice en el texto, la opinión de FONT coincide plenamente con la del TC en la Sentencia 160/1991. También este autor trata de proponer alternativas a la rigidez del esquema adoptado por la Sentencia 22/1984, pero no creo necesario que hubiera tenido que llegar a la defensa de la ejecución administrativa de las sentencias contenciosas en lugar de los actos confirmados por éstas; el TC sí porque resuelve sin perder de vista el escollo del 87.2 LOPJ, que no puede desconocer; pero no así FONT, que podría haber sostenido la innecesariedad de la resolución judicial expresa sin tener que convertir la autotutela ejecutiva en ejecución de las sentencias contencioso-administrativas.

En el apartado VII, la referencia a la Sentencia recaída en el caso Capuchinos de Sarriá lo es a la del TS de 15 de noviembre de 1969, relativa al desalojo por parte de la fuerza pública del nutrido grupo de personas (unas quinientas) reunidas en el salón de actos del convento de los Frailes Capuchinos sito en el barrio barcelonés de Sarriá. El comentario de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ es *Las medidas de policía: su exteriorización e impugnación*, núm. 61 de esta REVISTA, 1970, 133 y ss., donde el autor, ante la inadmisión del recurso contencioso por el TS por ausencia de acto administrativo susceptible de revisión, aboga decididamente por la solución contraria, desembocando en el problema de si a la coacción directa precede o no un verdadero acto administrativo siquiera sea no formal o no procedimentalizado pronunciándose por la afirmativa precisamente para enervar la inadmisión, tesis que además, por supuesto, de haber encontrado eco en el *Curso de Derecho administrativo*, con GARCÍA DE ENTERRÍA, es seguida después por CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público*, «REDA», 15, 1977, 610 y ss., y, recientemente, por AGIRREAZKUEENAGA

ZIGORRAGA en su citada monografía *La coacción administrativa directa*, 398 y ss., quien antes se había manifestado ya en idéntico sentido en *La crisis como reductora de los derechos fundamentales: especial referencia a la coacción administrativa directa*, «RVAP», 1, 1981, 150. En cambio, no faltan quienes sostienen que en la base de la coacción directa, sin negar que hay algún acto u orden de ejecución, no hay propiamente un acto administrativo en sentido técnico. Así, LÓPEZ RAMÓN, *La caracterización jurídica de las fuerzas armadas*, Madrid, CEC, 1987, 339 y ss.; BARCELONA LLOP, *op. cit.*, 218 y ss. Aun cuando las réplicas de AGIRREAZKUEENAGA son de todo punto estimables, no han logrado hacerme cambiar de opinión y en breve he de volver sobre el tema en otro lugar.

En relación con los autores que han postulado un entendimiento amplio de la vía de hecho no limitada a la protección posesoria, es inexcusable la cita a GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios*, cit., 100; L. MARTÍN-RETORTILLO, *Selección de comentarios sobre la jurisprudencia de conflictos jurisdiccionales*, Madrid, IEA, 1976, 215-216 (se trata del comentario al Decreto de Conflictos 2492/1963, de 3 de octubre, inicialmente publicado en el núm. 57 de esta REVISTA); GONZÁLEZ PÉREZ, *El juez ordinario*, cit., 105, así como en *La justicia administrativa en España*, Madrid, Cívitas, 1974, 145; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. ult. cit.*, 134-136. Sobre la persistencia de la jurisdicción civil en limitar el interdicto a la tutela de la posesión, cfr. LÓPEZ MENUDO, *op. cit.*, 227 y ss. Por otra parte, la problemática de las vías de hecho en relación con el recurso de amparo ha sido destacada por MARTÍN REBOLLO, *La vía judicial previa*, cit., 1695 y ss.

Sobre los actos tácitos, que tan sorprendentemente define el TC, la doctrina, como se indica en el texto, no es ni mucho menos abundante. Pueden verse, no obstante, MARTÍN MATEO, *Actos tácitos y actividad autorizante*, «REDA», 4, 1975, 17 y ss.; CANO MATA, *Actos administrativos tácitos. Protección jurisdiccional del principio de igualdad. Aplicabilidad de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre. Impugnación de tesis doctoral. Competencia de la Junta de Facultad y del Rectorado*, «REDA», 32, 1982, 879 y ss.; GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Los actos administrativos*, Madrid, Cívitas, 1986, 160 y ss.

Y, en fin, la referencia a los criterios del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora* en el apartado VIII impone necesariamente la remisión en bloque a los estudios de GARCÍA DE ENTERRÍA y CHINCHILLA MARÍN que se han citado más atrás en relación con las medidas cautelares.

Javier BARCELONA LLOP
Seminario de Derecho Administrativo
Universidad de Cantabria